

Joachim E. Heidl

Die Bestimmungen des Verbandes
Deutscher Elektrotechniker
und das Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen

1969

1970

Die Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektrotechniker
und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Referendar
Joachim E. Heidl
aus
Olmütz
1970



Erstberichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Heldrich

Dekan: Prof. Dr. Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 7. November 1969

I n h a l t

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XL
Einleitung	1
ERSTER TEIL	2
G r u n d l a g e n	2
1. VDE-Bestimmungen als Gegenstand der Untersuchung	2
1.1. Geschichtliche Entwicklung	3
1.2. Inhalt	5
1.3. Aufstellung	9
1.3.1. Beteiligte Gremien	9
1.3.2. Aufstellungsvorgang	12
1.3.3. Zusammenfassung	14
2. Rechtliche Einordnung	14
2.1. Unmittelbare Rechtserheblichkeit	15
2.1.1. Rechtsnormqualität	15
2.1.1.1. Rechtsetzungsbefugnisse	15
2.1.1.1.1. Rechtsverordnungsbefugnis	15
2.1.1.1.2. Öffentlichrechtliche Satzungsgewalt	18
2.1.1.2. Rechtliche Anerkennung der Bestimmungen	21
2.1.1.2.1. Aufnahme in Rechtsvorschriften	22
2.1.1.2.2. Allgemeinverbindlicherklärung	22
2.1.1.2.3. Gewohnheitsrecht	24
2.1.2. Gesetzliche Verweisungen	25
2.2. Mittelbare Rechtserheblichkeit	29
2.2.1. Öffentliches Recht	30
2.2.2. Zivilrecht	32
2.2.3. Strafrecht	36

	<u>Seite</u>
ZWEITER TEIL	37
Verbot snormen des GWB	37
Erster Abschnitt: Kartellverbot	37
1. Grundlegende Vereinbarung zur Aufstel- lung von VDE-Bestimmungen	38
1.1. Vertragsmerkmale nach § 1	38
1.1.1. Allgemeine Vertragsmerkmale	38
1.1.2. Gesellschaftliche oder wirtschaftliche Verpflichtungen	39
1.1.2.1. Zivilrechtliche Lösungsversuche	40
1.1.2.1.1. Sozialtypisches Verhalten	40
1.1.2.1.2. Widersprüchliches Verhalten	41
1.1.2.1.3. Gesetzesumgehung	42
1.1.2.2. Kartellrechtliche Lösungen	43
1.1.2.2.1. Wechselseitige Empfehlungen	43
1.1.2.2.2. Vertrag mit Außenwirkungen	45
1.1.2.2.3. Erweiterter Vertragsbegriff	48
1.1.2.2.3.1. Wortlaut	49
1.1.2.2.3.2. Entstehungsgeschichte	50
1.1.2.2.3.3. Bedeutungszusammenhang	52
1.1.2.2.3.4. Sinn und Zweck	52
1.1.3. Gegenstand des Vertrages	54
1.1.3.1. Wortlaut	55
1.1.3.2. Entstehungsgeschichte	56
1.1.3.3. Bedeutungszusammenhang	58
1.1.3.4. Gesetzeszweck	60
1.1.4. Wettbewerbsbeschränkung	62
1.2. Gründungsvereinbarung des VDE	66
2. Aufstellung einzelner VDE-Bestimmungen	67
2.1. Kartellbeschlüsse	67
2.1.1. Beschlußträger	68
2.1.1.1. Unternehmen	68
2.1.1.2. Unternehmensvereinigung	70
2.1.1.3. VDE als Kartellbeschlußträger	78
2.1.2. Beschlußorgane	78

	<u>Seite</u>
2.1.3.	Beschlußmerkmale 81
2.1.3.1.	Allgemeine Merkmale 81
2.1.3.2.	Kartellrechtliche Merkmale 82
2.1.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende VDE-Beschlüsse 84
2.1.3.3.1.	Beachtungspflicht 87
2.1.3.3.2.	Wettbewerbsbeschränkender Inhalt 89
2.1.3.3.2.1.	Beschränkung des Angebots 90
2.1.3.3.2.2.	Beschränkung der Nachfrage 95
2.2.	Eignung zur Marktbeeinflussung 96
2.2.1.	Marktverhältnisse 96
2.2.2.	Beeinflussung 99
2.2.3.	VDE-Bestimmungen mit Eignung zur Marktbeeinflussung 104
2.2.3.1.	Angebotsbeeinflussung 105
2.2.3.2.	Nachfragebeeinflussung 107
	 Zweiter Abschnitt: Empfehlungsverbot 110
1.	Allgemeines 111
2.	Ausgesprochene Empfehlungen 114
2.1.	Verbotsadressaten 114
2.2.	Empfehlungsbegriff 115
2.2.1.	Objektive Merkmale 116
2.2.2.	Subjektive Merkmale 118
2.2.3.	Kundgabe 120
2.3.	Empfehlungsadressaten 125
2.4.	Empfehlung des VDE 127
3.	Umgehung 129
3.1.	Umgehungsnorm 130
3.2.	Umgehungshandeln 131
3.2.1.	Objektiv gleichförmiges Verhalten 131
3.2.2.	Subjektiv gleichförmiges Verhalten 134
3.3.	Umgehungserfolg 137
3.4.	Kausalität 138
3.5.	VDE-Bestimmungen als Ursache der Kartellumgehung 141

DRITTER TEIL	145
Freistellung von den Verbotsnormen	145
1. Beschränkung des Anwendungsbereiches des GWB	146
1.1. Höherrangige Rechtsnormen	147
1.2. Gleichrangige Rechtsnormen	149
1.3. Natur der Sache	150
1.4. Höherwertige Rechtsgüter	151
1.4.1. Wortlaut	152
1.4.2. Entstehungsgeschichte	154
1.4.3. Sinn und Zweck	155
2. Freistellung als Normen und Typen	156
2.1. Normenvereinbarungen	156
2.1.1. Normen	157
2.1.2. Einheitliche Anwendung	161
2.1.3. Lediglich	163
2.1.4. Normen eines Rationalisierungsverbandes	166
2.1.5. Freistellung der VDE-Bestimmungen	171
2.2. Normenempfehlungen	175
2.2.1. Druckanwendung	175
2.2.2. Unverbindlichkeitsvermerk	178
2.2.3. Empfehlungen eines Rationalisierungsverbandes	180
2.2.4. Freistellung der VDE-Empfehlungen	182
3. Mißbrauchsaufsicht	185
3.1. Mißbrauch	185
3.1.1. Mißbrauch der Freistellung von Normenvereinbarungen und Empfehlungen	186
3.1.2. Ansatzpunkte eines Mißbrauchs bei VDE-Bestimmungen	194
3.2. Möglichkeiten der Kartellbehörde	202
4. Ergebnis	204

Literaturverzeichnis

(In Klammern die Zitierweise)

- | | |
|------------------------|---|
| Abbott, Lawrence | Qualität und Wettbewerb
München und Berlin 1958
(Abbott, Qualität) |
| Arendt, Karlheinz | Übertragung nicht-hoheitlicher
Aufgaben?
in: DV 1949 S. 147 ff |
| Bachof, Otto | Teilrechtsfähige Verbände
des öffentlichen Rechts
in: AöR 83 (1958) S. 208 ff |
| Baer, H. von | Normen und Kartellgesetzgebung
in: WuW 1951 S. 74 |
| Bär, Rolf | Das westdeutsche Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen
in: Wirtschaft und Recht 1958
S. 245 ff |
| Ballerstedt, Kurt | Kartellverbot und Einzelver-
trag
in: JZ 1956 S. 267 ff |
| Ballerstedt, Kurt | Der gemeinsame Zweck als Grund-
begriff des Rechts der Personal-
gesellschaften
in: JuS 1963 S. 253 ff |
| Ballerstedt, Kurt | Handlungsunwert oder Erfolgs-
unwert im GWB?
in: Wirtschaftsordnung und Rechts-
ordnung, Festschrift zum 70. Ge-
burtstag von Franz Böhm, S. 179 ff
Karlsruhe 1965
(Ballerstedt, Handlungsunwert) |
| Bartholomeyczik, Horst | Die Anfechtung der Stimmabgabe
zum Körperschaftsbeschluss
in: AcP 144 (1938) S. 287 ff |
| Bartholomeyczik, Horst | Der Körperschaftsbeschluss als
Rechtsgeschäft
in: ZHR 105 (1958) S. 293 ff |

- Baumbach, Adolf
Hefermehl, Wolfgang
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
8. Aufl.
München und Berlin 1960
(Baumbach-Hefermehl)
- Bax, Hans
Illmer, Hans
Typenrationalisierung bei Starkstromkabeln - ein aktuelles Problem
in: Elektrizitätswirtschaft 1967
S. 681 ff
- Becher, Hans
Die wirtschaftliche Preisbindung
in: BB 1958 S. 430 f
- Becker, Wolf-Dieter
Standards und Normen in der Wettbewerbswirtschaft
in: Rationalisierung 1953 S. 225 ff
- Beckmann, Peter
Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Diss. jur. Münster 1966
(Beckmann, Abgrenzung)
- Behrens, Friedrich-Stephan
Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: NJW 1958 S. 481 f
- Behrens, Friedrich-Stephan
Das Open-price-System
in: WRP 1958 S. 105 ff
- Behrens, Friedrich-Stephan
Zur Zulässigkeit des Open-price-Systems nach dem GWB
in: WRP 1960 S. 57 ff
- Bender, Bernd
Inhalt und Grenzen des Gebots zur verfassungskonformen Auslegung
in: MDR 1959 S. 441 ff
- Benisch, Werner
Die unverbindliche Abstimmung unter dem GWB
in: B 1957 S. 789 ff
- Benisch, Werner
Kartellverbot und konformes Marktverhalten
in: B 1959 S. 451 ff
- Benisch, Werner
Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965
in: B 1965 S. 1035 ff

Benisch, Werner	Einkaufsmacht und Kartellbe- griff in: WuW 1956 S. 480 ff
Benisch, Werner	Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebs in: WuW 1958 S. 269 ff
Benisch, Werner	Zur Rechtslage der vertikalen Preiseempfehlungen in: WuW 1959 S. 3 ff
Benisch, Werner	Kumulation von Wettbewerbsbe- schränkungen in: WuW 1959 S. 765 ff
Benisch, Werner	Beschränkungen des Nachfrage- wettbewerbs in: WuW 1960 S. 842 ff
Benisch, Werner	Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit in: WuW 1961 S. 764 ff
Benisch, Werner	Mißbrauch angemeldeter vertika- ler Preiseempfehlungen in: WuW 1967 S. 131 ff
Benisch, Werner	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 14.1.1960 in: WuW/E BGH S. 373 ff
Benisch, Werner	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 15.7.1966 in: WuW/E BGH S. 789 ff
Benisch, Werner	Anmerkung zu den Briefen des BKA 8./9.2. und 27./28.3.1962 in: WuW/E BKA S. 577 ff
Benisch, Werner	Einkaufsverbände und Kartellge- setz in: Festschrift für Rudolf Isay, S. 231 ff Köln, Berlin 1956 (Benisch, Einkaufsverbände)
Benkendorff, Gerhard	Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbs- beschränkungen zu verstehen? in: WRP 1962 S. 146 ff

- | | |
|--|--|
| Benkendorff, Gerhard | Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Markteinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung
in: WRP 1962 S. 313 ff |
| Benkendorff, Gerhard | Die Umgehung von Kartellvorschriften
in: WuW 1954 S. 147 ff |
| Berger | Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung
in: BB 1956 S. 533 ff |
| Beringe, von | Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 14.1.1960
in: B 1960 S. 289 |
| Biedenkopf, Kurt H. | Besprechung zu: Lukes, Der Kartellvertrag
in: BB 1959 S. 1108 |
| Biedenkopf, Kurt H. | Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot
in: Biedenkopf-Callmann-Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts S. 11 ff
Heidelberg 1957
(Biedenkopf, Ordnung) |
| Biedenkopf, Kurt H. | Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel
Heidelberg 1958
(Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung) |
| Böhlau, W. | Verbindlicherklärung von Normen der Elektrotechnik
in: Elektrizitätswirtschaft 1940 S. 469 f |
| Borchardt, Knut
Fikentscher, Wolfgang | Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung
Stuttgart 1957
(Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb) |
| Bramkamp, Heinz | Die rechtliche Behandlung der Exportkartelle in der Bundesrepublik Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika
Diss. jur. Münster 1961
(Bramkamp, Exportkartelle) |

- Brandt, Karl Information, Marktform und Wettbewerb
in: ZHR 127 (1964) S. 200 ff
- Brinkmann, Heinz-Volker Markttransparenz und Wettbewerbsrecht
Diss. jur. Göttingen 1963
(Brinkmann, Markttransparenz)
- Brugger, Gustav Kartellrechtliche Beurteilung von Urheberrechtsgemeinschaften
in: WuW 1959 S. 244 ff
- Brugger, Gustav Zur Auslegung des § 1 GWB
in: WuW 1959 S. 467 ff
- Brunn, J.H. von Die Konditionen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1958 S. 686 ff
- Brunn, J.H. von Normen, verbindliche Normen und Kartellwesen
in: WuW 1953 S. 314
- Büntig, Heinz Zur Auslegung des Empfehlungsverbot es durch den BGH
in: BB 1960 S. 384 f
- Bullinger, Martin Die Selbstermächtigung zum Erlaß von Rechtsvorschriften. Studien über ein Kuriosum der Staatspraxis
Heidelberg 1958
(Bullinger, Selbstermächtigung)
- Butze, Gerhard
Rain, Karlheinz Änderung der Installateur-Grundsätze
in: Elektrizitätswirtschaft 1967 S. 1 ff
- Callmann, Rudolf Das deutsche Kartellrecht
Berlin 1934
(Callmann, Kartellrecht)
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz
Berlin 1964
(Canaris, Feststellung)
- Conradi, Brigitte Die Mitwirkung außerstaatlicher Stellen beim Erlaß von Rechtsverordnungen
Diss. jur. Heidelberg 1962
(Conradi, Mitwirkung)

- Deringer, Arved BGH zum Empfehlungsverbot
in: BB 1960 S. 343
- Deringer, Arved Rationalisierungskartelle im
Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen
in: WuW 1958 S. 3 ff
- Deringer, Arved Das Wettbewerbsrecht der Euro-
päischen Wirtschaftsgemeinschaft,
Kommentar zu den EWG-Wettbewerbs-
regeln
Düsseldorf ab 1962
(Deringer, Wettbewerbsrecht)
- Dernburg, Heinrich Pandekten 2. Obligationenrecht
6. Aufl
Berlin 1900
(Dernburg, Pandekten)
- Dethloff, Hans Der Kartellbeschuß
Diss. jur. Göttingen 1965
(Dethloff, Kartellbeschuß)
- Detmar, G. Die 25-jährige Wiederkehr des
Gründungstages des VDE
in: ETZ 1918 S. 33 f
- Dichgans, Hans Zum Begriff des "Mißbrauchs" im
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen
in: WuW 1958 S. 658 ff
- Ditfurth, von Möglichkeiten, Voraussetzungen
und Grenzen bei Vereinbarungen
zum Zweck der Rationalisierung
unter der Geltung des GWB
in: B 1965 S. 207 ff, 244 ff
- Dörge, Heinrich Der autonome Verband im gelten-
den Staats- und Völkerrecht
Wien, Leipzig 1931
(Dörge, Verband)
- Dörinkel, Wolfram Anmerkung zum Urteil des BGH vom
7.6.1962
in: GRUR 1963 S. 47 f
- Dörinkel, Wolfram Der Begriff des Mißbrauchs im
Sinne der Kartellaufsichtsbe-
stimmungen des GWB
in: WuW 1959 S. 81 ff
- Dörinkel, Wolfram Besprechung zu: Lukes, Der
Kartellvertrag
in: WuW 1960 S. 341 f

- Dörinkel, Wolfram Die Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
in: WuW 1965 S. 809 ff
- Drews, Bill
Wacke, Gerhard Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - der Länder und des Bundes
7. Aufl.
Berlin und Köln 1961
(Drews-Wacke, Polizeirecht)
- Dülz, Sigurd Die Behandlung der Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
1958 S. 161 ff WRP
- Eckstein, Ernst Die Bedeutung der Satzungen für den nicht-rechtsfähigen Verein
in: JherJb 55 (1909) S. 243 ff
- Eckstein, Wolfram Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen
Köln, Berlin, Bonn, München 1966
(Eckstein, Kriterien)
- Ehle, Dietrich Der Empfehlungs- und Umgehungstatbestand in § 38 Abs. 2 S. 2 GWB
in: WuW 1963 S. 971 ff und
WuW 1954 S. 308 ff
- Ehle, Dietrich Umgehung des Kartellverbots aufgrund von Empfehlungen
Diss. jur. Köln 1961
(Ehle, Umgehung)
- Eiser, Ernst
Riederer, Johann
Sieder, Frank Energiewirtschaftsrecht, Energiewirtschaftsgesetz mit den Durchführungsbestimmungen, Nebengesetzen, Verordnungen und Erlassen
3. Aufl.
München, Berlin, Stand 1.11.1961
(Eiser-Riederer)
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken
3. Aufl.
Stuttgart 1964
(Engisch, Einführung)
- Engisch, Karl Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit
Heidelberg 1953
(Engisch, Idee)

Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Carl

Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
Bd. I Allgemeiner Teil, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
2. Halbband, 15. Aufl.,
Tübingen 1960
(Enn-Nipperdey, Lehrbuch)

Enneccerus, Ludwig
Lehmann, Heinrich

Recht der Schuldverhältnisse.
Ein Lehrbuch, Bd. II, 15. Bearbeitung
Tübingen 1958
(Enn-Lehmann, Schuldverhältnisse)

Esser, Josef

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts
Tübingen 1956
(Esser, Grundsatz)

Esser, Josef

Schuldrecht
3. Aufl.
Karlsruhe 1960
(Esser, Schuldrecht)

Esser, P.

Die strafrechtliche Bedeutung technischer Vorschriften in der Gas- und Wasserversorgung
in: GWF 1958 S. 1022 ff

Ewald, Heinz

Der zweite Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts
in: WRP 1960 S. 141 ff

Ewald, H.

Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?
in: WuW 1956 S. 253 ff

Feine, Hans Erich

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III 3. Abt.
Leipzig 1929
(Feine, GmbH)

Fikentscher, Wolfgang

Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht
in: BB 1958 S. 201 ff

Fikentscher, Wolfgang

Rezension von Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb
in: RabelsZ 26 (1961) S. 355 f

- Fikentscher, Wolfgang Nachfragemacht und Wettbewerbs-
beschränkung
in: WuW 1960 S. 680 ff
- Fikentscher, Wolfgang Neuere Entwicklungen der Theorie
zum Tatbestandsmerkmal der Wett-
bewerbsbeschränkung § 1 GWB
in: WuW 1961 S. 788 ff
- Fikentscher, Wolfgang Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 26.10.1959
in: WuW/E BGH S. 359 ff
- Fikentscher, Wolfgang Die Interessengemeinschaft
Köln, Berlin, Bonn, München 1966
(Fikentscher, Interessengemein-
schaft)
- Fikentscher, Wolfgang Die vertikale Preisempfehlung
München und Berlin 1960
(Fikentscher, Preisempfehlung)
- Fikentscher, Wolfgang "Sonstige Verträge" im Gesetz ge-
gen Wettbewerbsbeschränkungen
in: Festschrift für Alfred Hueck,
S. 543 ff
München und Berlin 1959
(Fikentscher, Verträge)
- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechts-
schutz
München und Berlin 1958
(Fikentscher, Wettbewerb)
- Fleischer, Horst Tätigkeitsbericht des VDE 1966
in: ETZ 1967 S. 100 ff
- Flume, Werner Das Rechtsgeschäft und das recht-
lich relevante Verhalten
in: AcP 1961 (1962) S. 52 ff
- Flume, Werner Verbotene Preisabsprache und
Einzelvertrag
in: WuW 1956 S. 457 ff
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts
Bd. II Das Rechtsgeschäft
Berlin, Heidelberg, New York 1965
(Flume, Allg. Teil)

- | | |
|-------------------------------|--|
| Flume, Werner | Rechtsgeschäft und Privatautonomie in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben
Festschrift Deutscher Juristentag 1960, Bd. I S. 135 ff
(Flume, Rechtsgeschäft) |
| Forsthoff, Ernst | Lehrbuch des Verwaltungsrechts
I. Band Allgemeiner Teil
9. Aufl.
München und Berlin 1966
(Forsthoff, Verwaltungsrecht) |
| Frankfurter Kommentar | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Kaufmann, Rautmann u.a.
Köln, Stand Februar 1966
(Frankf. Komm.) |
| Franzen, Hans
Boekle, Hein | Freiwillige Handelsketten und Kartellrecht
in: MA 1959 S. 11 ff |
| Freiberger, Heinrich | Betrieb von Elektrizitätswerken
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1961
(Freiberger, Betrieb) |
| Frommhold, Hans | 40 Jahre Baunormung 1917 - 1957
Bamberg 1958
(Frommhold, Baunormen) |
| Fuchs, Dieter | Kartellverbot und Einzelvertrag, FIW-Schriftenreihe H. 11
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
(Fuchs, Kartellverbot) |
| Gabotz, Georg | Vereinheitlichung in der Industrie
München, Berlin 1920
(Gabotz, Vereinheitlichung) |
| Gabriel, Siegfried L. | Zum Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" im GWB
in: MA 1960 S. 247 ff |
| Gädtker, Horst | Kommentar zur Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauONW) mit Durchführungsverordnungen
Düsseldorf 1964
(Gädtker, BauO) |

- Gamm, Otto-Friedrich von Kartellrechtliche Beurteilung
gesellschaftsrechtlicher Wett-
bewerbsverbote
in: WRP 1962 S. 189 f
- Gamm, Otto-Friedrich von Wettbewerbsrecht
Köln, Berlin, München 1964
(v.Gamm, Wettbewerbsrecht)
- Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und Europäisches
Kartellrecht, herausgegeben von
Müller-Henneberg, Schwarz u.a.
1. Aufl.
Köln, Berlin, Bonn, München 1958
2. Aufl.
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
mit Nachtrag 1966
(GemKomm.)
- Giefers, Hans-Werner Vertikale Preisempfehlungen und
Preisbindungen im Wettbewerbs-
recht
Köln, Berlin 1960
(Giefers, Preisempfehlungen)
- Gierke, Otto Deutsches Privatrecht
Bd. I Allg. Teil und Personen-
recht
Leipzig 1895
(Gierke, Privatrecht)
- Giese, Friedrich
Schunck, Egon Grundgesetz für die Bundesre-
publik Deutschland vom 23.5.
1949
6. Aufl.
Frankfurt/M. 1962
(Giese-Schunck, Grundgesetz)
- Gleichmann, Karl Zur kartellrechtlichen Beur-
teilung von Nichtdiskriminie-
rungsverträgen
in: WRP 1959 S. 165 ff
- Gleiss, Alfred Wettbewerbsbeschränkende Empfeh-
lungen in der Kredit- und Ver-
sicherungswirtschaft
in: B 1958 S. 431 f
- Gleiss, Alfred
Hootz, Christian Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 26.10.1961
in: NJW 1962 S. 391
- Gnam, Arnulf Die unverbindliche Preisempfeh-
lung im Dekartellierungsrecht
in: NJW 1952 S. 133 ff

- | | |
|--------------------|--|
| Götz, Hans Norbert | Rezension von Oswald Kathrein,
Nachfrage im Wettbewerb
in: ZHR 125 (1962) S. 63 f |
| Günther, Eberhard | Der Stand der deutschen Kartellge-
setzgebung
in: BB 1950 S. 297 ff |
| Günther, Eberhard | Zur Verabschiedung des Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1957 S. 721 ff |
| Günther, Eberhard | Einkaufsvereinigungen und Kartell-
gesetzentwurf
in: MA 1957 S. 35 f |
| Günther, Eberhard | Bestimmung der Begriffe Rationa-
lisierung, Leistungsfähigkeit
und Wirtschaftlichkeit
in: WuW 1954 S. 449 |
| Günther, Eberhard | Diskussionsbeitrag
in: Das Kartellrecht im Spiegel
der Vereinheitlichung, Refera-
te und Diskussionsbeiträge an-
lässlich der Sitzung des Aus-
schusses Vereinheitlichung am
17.2.1961, Dortmund 1961, Ar-
beitsgemeinschaft für Rationa-
lisierung des Landes Nordrhein-
Westfalen, H. 48 S. 51 f
(Günther, Diskussionsbeitrag) |
| Günther, Eberhard | Relevanter Markt im Recht der
Wettbewerbsbeschränkungen
Karlsruhe 1960
(Günther, Markt) |
| Gutenberg, Erich | Grundlagen der Betriebswirt-
schaftslehre
Band I die Produktion
7. Aufl.
Berlin, Göttingen, Heidelberg
1962
(Gutenberg, Betriebswirtschafts-
lehre) |
| Gutzler, Helmut | Die Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1965 S. 917 ff |
| Haas, Diether | Landesverordnungen aufgrund bun-
desgesetzlicher Ermächtigung
in: DVBl. 1954 S. 241 ff |

- Haberkorn, Kurt Zum Kartellbegriff des § 1 GWB
in: GRUR 1960 S. 367 ff
- Hachenburg, Max Kommentar zum Gesetz betr. die
Gesellschaften mit beschränkter
Haftung, bearbeitet von Schmidt
und Schilling
Bd. I 6. Aufl., Berlin 1956
Bd. II 6. Aufl., Berlin 1959
(Hachenburg - ...)
- Hahn, Helmuth von Mißbrauch marktbeherrschender
Stellungen. Zum Mißbrauchsbe-
griff des § 22 des Gesetzes ge-
gen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1959 S. 1279 ff
- Halstenberg, F. Sicherheitsvorschriften ohne
festen Rechtsgrund. Eine Be-
trachtung zur Rechtsqualität
der VDE- und DVGW-Richtlinien
in: Zeitung für kommunale Wirt-
schaft 1960 Nr. 74 S. 9 f
- Hamann, Andreas Autonome Satzungen und Verfas-
sungsrecht
Heidelberg 1958
(Hamann, Satzungen)
- Hammer, Wilm Die rechtliche Beurteilung tech-
nischer Vorschriften
in: GWF 1964 S. 109 ff
- Hammer, Wilm Technische "Normen" in der
Rechtsordnung
in: MDR 1966 S. 977 ff
- Haupt, Günter
Reinhardt, Rudolf Gesellschaftsrecht
4. Aufl.
Tübingen 1952
(Haupt-Reinhardt, Gesellschafts-
recht)
- Heck, Ph. Gesetzesauslegung und Interessen-
jurisprudenz
in: AcP 112 (1914) S. 1 ff
- Heck, Philipp Die Gesellschaftsbeschlüsse und
Willensmängel bei der Gesell-
schaft des bürgerlichen Rechts
in: Festgabe für Otto Gierke zum
70. Geburtstag, S. 319 ff
Weimar 1911
(Heck, Gesellschaftsbeschlüsse)

- Hefermehl, Wolfgang Anmerkung zum Urteil des BGH vom
8.10.1958
in: GRUR 1958 S. 626 f
- Herhahn, Albert Vorschriften für elektrische An-
lagen und Betriebsmittel
in: Elektrotechnik 1965 S. 540 ff
- Held, Günther Rechtsformen zulässiger Kartelle
FIW Schriftenreihe H. 10
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
(Held, Rechtsformen)
- Hengstenberg, W. Verstossen Bruttopreislisten gegen
das Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen?
in: WuW 1958 S. 439 ff
- Henkel, Rudolf Die erlaubte Verbandsempfehlung
nach § 38 Abs. 2 Satz 3 des neuen
Kartellgesetzes
Diss. jur. Marburg 1960
(Henkel, Verbandsempfehlung)
- Hennig, Werner Die Mißbrauchsüberwachung im Ge-
setz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen
in: NJW 1968 S. 573 ff
- Hereth, Franz Buchbesprechung von Mang-Simon
Bayer. Bauordnung
in: NJW 1963 S. 1489 f
- Herschel, Wilhelm Regeln der Technik
in: NJW 1968 S. 617 ff
- Herschel, Wilhelm Zur Rechtsnatur der Allgemein-
verbindlicherklärung von Tarif-
verträgen
in: Sozialreform und Sozialrecht,
Festschrift für Walter Bogs, S.
125 ff, Berlin 1959
(Herschel, Rechtsnatur)
- Hirner, Hans Peter Die gesellschaftsrechtlichen Wett-
bewerbsverbote und das Gesetz ge-
gen Wettbewerbsbeschränkungen
Diss. jur. München 1963
(Hirner, Wettbewerbsverbote)

- Hirsch, Ernst E. Kontrolle wirtschaftlicher
Macht. Drei Vorlesungen zum
deutschen Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen
Bern 1958
(Hirsch, Kontrolle)
- Honold, Sigbert Das gentlemen's agreement und
seine Bedeutung im Kartellrecht
Diss. jur. Tübingen 1962
(Honold, Agreement)
- Hoth, Jürgen Ware und gewerbliche Leistung
in: WRP 1956 S. 261 ff
- Hoth, Jürgen Inhalt, Sinn und Zweck des § 38
Abs. 2 Satz 2 GWB
in: WRP 1958 S. 289 ff und
1959 S. 99 ff
- Hoth, Jürgen Ist § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB ver-
fassungswidrig?
in: WRP 1959 S. 198 ff
- Huber, Ernst Rudolf Beliehene Verbände. Ein Beitrag
zu den Rechtsformen des Wirt-
schaftsverwaltungsrechts
in: DVBl. 1952 S. 456 ff
- Huber, Ernst Rudolf Das Empfehlungsverbot. Eine
kartellrechtliche Studie
Stuttgart 1959
(Huber, Empfehlungsverbot)
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht
1. Bd. 2. Aufl.
Tübingen 1953
(Huber, Wirtschaftsverwaltungs-
recht)
- Ingenstau, Heinz
Korbion, Hermann VOB Teil A und B, Kommentar
3. Aufl.
Düsseldorf 1964
(Ingenstau-Korbion, VOB)
- Ipsen, Hans Peter Rechtsfragen berufsständischer
Zwangsversorgung
in: Aktuelle Probleme der Ver-
sicherungswirtschaft vom Stand-
punkt der Versicherungswirt-
schaft betrachtet S. 31 ff
Berlin 1954
- Isay, Rudolf
Tschierschky, Siegfried Kartellverordnung,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
(Isay-Tschierschky, Kartellver-
ordnung)

- Jesch, Dietrich
Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht
in: AöR 82 (1957) S. 163 ff
- Kamberg, Hans W.
Rationalisierung und Kartellrecht
in: WuW 1953 S. 284 ff
- Kaskel, Walter
Dersch, Hermann
Arbeitsrecht
5. Aufl.
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
(Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht)
- Keller, Adolf
Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts
Winterthur 1960
(Keller, Kritik)
- Kesselhut, Erwin
Die Ordnungswidrigkeit horizontaler Preisempfehlungen
Diss. jur. Mainz 1963
(Kesselhut, Ordnungswidrigkeit)
- Kirschstein, Friedrich
Segelmann, Frank
Rationalisierungskartelle und Syndikate
WuW-Schriftenreihe H. 6
Düsseldorf 1960
(Kirschstein-Segelmann, Rationalisierungskartelle)
- Klaue, Siegfried
Zum gemeinsamen Zweck in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1964 S. 538 ff
- Kleim, Hans-Helmut
Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
FIW-Schriftenreihe H. 29
Köln, Berlin, Bonn, München 1966
(Kleim, Gemeinschaftsunternehmen)
- Klein, Friedrich
Verordnungsermächtigung nach deutschem Verfassungsrecht
in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten
Bd. 12 S. 7 ff
Frankfurt/M. 1952
(Klein, Übertragung)
- Kniffler, A.
75 Jahre VDE
in: ETZ 1968 S. 25 f

- Knöpfle, Robert Zum Begriff Wettbewerb im Sinne
des § 1 GWB
in: WuW 1962 S. 159 ff
- Knöpfle, Robert Der Rechtsbegriff "Wettbe-
werb" und die Realität des Wirt-
schaftslebens
Köln, Berlin, Bonn, München 1966
(Knöpfle, Rechtsbegriff)
- Köhler, Karl-Heinz von Polizeirecht und Kartellverbot
in: NJW 1959 S. 222 f
- Koenigs, Folkmar Das Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und des Rechtes un-
lauteren Wettbewerbs unter beson-
derer Berücksichtigung der Wett-
bewerbsregeln
in: GRUR 1958 S. 589 ff
- Koenigs, Folkmar Wechselwirkungen zwischen Ge-
setz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und Recht des unlauteren
Wettbewerbs
in: NJW 1961 S. 1041 ff
- Kracht, F. Anmerkung zum Empfehlungsurteil
des LG Köln vom 17.4.1958
in: BB 1958 S. 465 ff
- Kracht, Friedrich Verstoßen Bietungsabkommen ge-
gen das GWB?
in: NJW 1958 S. 490 f
- Kracht, Friedrich Sollte § 1 GWB geändert werden?
in: Kartellrundschaue, Schriften-
reihe für Kartell- und Konzern-
recht des In- und Auslandes
H. 5. Zur Frage der Novellierung
des GWB, S. 31 ff
Köln, Berlin 1964
(Kracht, Novellierung)
- Krahe, Friedrich Kartellrecht und Rechtssicher-
heit
in: WuW 1959 S. 615 ff
- Krahe, Friedrich Empfehlungsverbot und Markttrans-
parenz
in: WuW 1960 S. 477 ff
- Kronstein, Heinrich Das Recht der internationalen
Kartelle
Berlin 1967
(Kronstein, Recht)

- Krüger, Herbert: Allgemeine Staatslehre
Stuttgart 1964
(Krüger, Staatslehre)
- Krüger, Herbert: Rechtsetzung und technische Entwicklung
in: NJW 1966 S. 617 ff
- Kuhlmann, H.G.: Preisempfehlungen gegenüber
Großbetrieben und großbetrieblichen Unternehmensformen
in: WRP 1959 S. 195 ff
- Landmann-Rohmer: Gewerbeordnung, Kommentar bearbeitet von Eyermann, Erich und Fröhler, Ludwig
12. Aufl.
München und Berlin 1964
(Landmann-Rohmer)
- Langen, Eugen: "Empfehlung" und "wirtschaftliche Bindung"
in: NJW 1959 S. 462 ff
- Langen, Eugen: Die Zulassung von Rationalisierungs- und Spezialisierungskartellen
in: WuW 1960 S. 237 ff
- Langen, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis unter Mitarbeit von Hans und Ulrich Wilke
3. Aufl.
Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958
(Langen, 3.Aufl.)
- Langen, Eugen
Böckstiegel, Karl-Heinz: Kommentar zum Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis
4. Aufl.
Neuwied 1967
(Langen-Böckstiegel)
- Langenberger, Fritz: Normungs-, Typisierungs- und Spezialisierungskartelle, Schriftenreihe Arbeitsgemeinschaft für Rationalisierung des Landes Nordrhein-Westfalen H. 58
Dortmund 1962
- Larenz, Karl: Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund
in: DRiZ 1958 S. 245 ff

- Larenz, Karl Culpa in contrahendo, Verkehrs-
sicherungspflicht und sozialer
Kontakt
in: MDR 1954 S. 515 ff
- Larenz, Karl Richterliche Rechtsfortbildung
als methodisches Problem
in: NJW 1965 S. 1 ff
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft
Berlin, Göttingen, Heidelberg
1960
(Larenz, Methodenlehre)
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts
Erster Band, Allgemeiner Teil
8. Aufl.
München und Berlin 1967
(Larenz, Schuldrecht)
- Larenz, Karl Über das Verhältnis von Inter-
pretation und richterlicher
Rechtsfortbildung
in: Festschrift für Karl Olive-
crona, S. 384 ff
Stockholm 1964
(Larenz, Verhältnis)
- Lauerer, F. "FI-Nullung"
in: Elektrizitätswirtschaft 1957
S. 657 ff
- Laufke, Franz Die Allgemeinen Geschäftsbedin-
gungen in der Filmwirtschaft un-
ter Berücksichtigung der General-
klauseln
in: Ufita 35 (1961) S. 257 ff
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches
12. Aufl.
Berlin 1960
(Lehmann, Allg. Teil)
- Lehmann, Heinrich
Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches
16. Aufl.
Berlin 1966
(Lehmann-Hübner, Allg. Teil)
- Lehnich, Oswald
Fischer, Norbert Das deutsche Kartellgesetz,
Kommentar zur VO gegen Mißbrauch
wirtschaftlicher Machtstellungen
vom 2.11.1923
Berlin 1924
(Lehnich-Fischer)

- Loos, Gerold Preisbindung und horizontale Wettbewerbsbeschränkung im Handel. Über das Verhältnis des § 15 zum § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1958 S. 1217 ff
- Lucas Kartellvertrag und Kartellorganisation
in: Kartellrundschau 1927 S. 4 ff
- Ludwig, Wolfgang
Cordt, Adolf
Stech, Jürgen Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft
in: Der Wirtschaftskommentator Teil C IX/1
Frankfurt 1960 und 1964
(Ludwig-Cordt-Stech)
- Lukes, Rudolf Produzentenhaftung und Maschinenschutzgesetz
in: JuS 1968 S. 345 ff
- Lukes, Rudolf Juristische und institutionelle Aspekte der Ausarbeitung von elektrotechnischen Normen in den Ländern des Gemeinsamen Markts, Bericht Nr. 2 der Studientagung über die Normung auf elektrotechnischem Gebiet
Brüssel 27. - 30.6.1966, EWG-Kommission 4860/III/66 -D
(Lukes, Aspekte)
- Lukes, Rudolf Die Bedeutung der sog. Regeln der Technik für die Schadensersatzpflicht von Versorgungsunternehmen, 1968 noch unveröffentlicht
(Lukes, Bedeutung)
- Lukes, Rudolf Urheberrechtliche Fragen der überbetrieblichen technischen Normen - insbesondere DIN-Normen und VDE-Vorschriften
Köln, Berlin, Bonn, München 1967
(Lukes, Fragen)
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen
München und Berlin 1959
(Lukes, Kartellvertrag)

- Lukes, Rudolf Tragweite der einzelstaatlichen Normen, Analyse des Verhältnisses zur Rechtsordnung, Bericht Nr. 8 der Studientagung über die Normung auf elektrotechnischem Gebiet Brüssel 27. - 30.6.1966 EWG-Kommission 5025/III/66 - D (Lukes, Tragweite)
- Lukes, Rudolf Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in Wirtschaftssordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, S. 199 ff Karlsruhe 1965 (Lukes, Verständnis)
- Lutz, Hans Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden?
in: NJW 1958 S. 128 f
- Mang, Johann
Simon, Alfons Bayerische Bauordnung München 1962 (Mang-Simon)
- Mangoldt, Hermann von
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz Bd. I 2. Aufl.
Berlin und Frankfurt 1957
- Marcetus, Karl Die Zulässigkeit der Ankündigung von Verbraucherpreisen durch den Hersteller
in: WRP 1958 S. 228 ff
- Markert, Kurt Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen
in: B 1963 S. 1455 f
- Maul, Heinrich Das open-price-System und § 1 GWB
in: WRP 1965 S. 208 ff
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch
16. Aufl.
München 1968
(Maunz, Staatsrecht)
- Maunz, Theodor Die Verwaltung
in: Schriftenreihe zur beruflichen Fortbildung der Beamten und Behördenangestellten, Bd. I H. 18, 4. Aufl.
Braunschweig 1957
(Maunz, Verwaltung)

- Maunz, Theodor
Dürig, Günther
Grundgesetz. Kommentar
2. Aufl.
München und Berlin, Lieferung
1 - 8
(Maunz-Dürig)
- Mayer-Wegelin, Heinz
Die Empfehlung im Sinne des
§ 38 Abs. 2 S. 2 GWB
in: B 1958 S. 187 ff
- Mayer-Wegelin, Heinz
Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen
in: Der Wirtschaftskommentator
Teil C III/1
Frankfurt 1962
(Mayer-Wegelin, Wirtschafts-
kommentator)
- Mellerowicz, Konrad
Betriebswirtschaftslehre der
Industrie
Bd. 2, 3. Aufl.
Freiburg i.Br. 1958
(Mellerowicz, Betriebswirt-
schaftslehre)
- Menze, Hubert
Markttransparenz in Theorie und
Wettbewerbsrecht
in: WuW 1963 S. 578 ff
- Merle, Werner
Marktinformatiionsverfahren und
§ 1 des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen
Diss. jur. Mainz 1967
(Merle, Marktinformatiionsver-
fahren)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim
Preis- und Produktionsregelun-
gen im Rahmen von Rationali-
sierungskartellen
in: JZ 1953 S. 329 ff
- Meyer-Cording, Ulrich
Wettbewerbsbeschränkungen durch
Empfehlungen
in: NJW 1953 S. 565 ff
- Meyer-Cording, Ulrich
Die Grundbegriffe des Wettbe-
werbsrechts
in: WuW 1962 S. 459 ff
- Michel, Helmut
Die verfassungskonforme Ausle-
gung
in: JuS 1961 S. 274 ff
- Michel, Helmut
Normenkontrolle durch die voll-
ziehende Gewalt
in: NJW 1960 S. 841 ff

- Niederleithinger, Ernst Die Kartellgesetz-Novelle 1965
in: WRP 1965 S. 307 ff
- Nissen, Werner Beschlüsse von Unternehmensver-
einigungen im Kartellrecht der
Europäischen Gemeinschaften
in: WuW 1960 S. 250 ff
- Oertmann, Paul Kommentar zum BGB
3. Aufl.
Berlin 1927
(Oertmann, Kommentar)
- Organisation des VDE Organisation des VDE und Mit-
gliederverzeichnis Stand 1.7.
1964
Berlin 1964
(Organisation)
- Ossenbühl, Fritz Die verfassungsrechtliche Zu-
lässigkeit der Verweisung als
Mittel der Gesetzgebungstech-
nik
in: DVBl. 1967 S. 401 ff
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, bear-
beitet von Dankelmann, Degen-
hardt, Gramm, Keidel, Lauter-
bach
27. Aufl.
München 1968
- Paul, Willy Die wirtschaftliche Preisbindung.
Ein Ersatz für die Preisempfeh-
lung
in: B 1958 S. 1149 ff
- Paul, Willy Preisempfehlung und wirtschaft-
liche Bindung
in: B 1958 S. 1319 ff
- Philips, Louis Markttransparenz in Theorie und
Wirklichkeit
in: WuW 1964 S. 205 ff
- Pickel, Walter Preismeldestellen und Kartell-
verbot
in: BB 1963 S. 699 ff
- Pickel, Walter Aktuelles und Grundsätzliches
zur Wirksamkeit des Kartellver-
bots
in: B 1968 S. 295 ff
- Pinder, Wolfgang Kritik und Vorschlag zum kartell-
gesetzlichen Empfehlungsverbot
in: B 1957 S. 597 ff

- Pinder, Wolfgang Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden?
in: NJW 1958 S. 579 ff
- Pinder, Wolfgang Grundsatzfragen des neuen Bundesrechts für Exportkartelle
in: WuW 1958 S. 570 ff
- Pitz, H. Zur Schriftform von Kartellverträgen
in: Kartellrundschau 1928 S. 69 ff
- Poeche, Jürgen Die Kartellgesetz-Novelle 1965
in: WRP 1965 S. 314 ff
- Prost, G. Über die Autonomie, ihre Grundlagen und Grenzen
in: NJW 1955 S. 1463 ff
- Raiser, Ludwig Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit
in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag 1960 Bd. 1, S. 101 ff
Karlsruhe 1960
(Raiser, Vertragsfunktion)
- Ramm, Thilo Die Rechtsnatur des Tarifvertrages
in: JZ 1962 S. 78 ff
- Rasch, Harold Besprechung zu: Lukes, Der Kartellvertrag
in: AcP 158 (1959) S. 67 ff
- Rasch, Harold Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen?
in: WuW 1961 S. 79 ff
- Rasch, Harold Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
2. Aufl.
Herne, Berlin 1958
(Rasch, 2. Aufl.)
- Rasch, Harold Rationalisierungsmöglichkeiten im Rahmen des neuen Kartellrechts
in: Das Kartellrecht im Spiegel der Vereinheitlichung, Referate und Diskussionen anlässlich der Sitzung des Ausschusses Vereinheitlichung am 17. Februar 1961, Dortmund 1961, Arbeitsgemeinschaft für Rationalisierung des Landes Nordrhein-Westfalen H. 48
(Rasch, Rationalisierungsmöglichkeiten)

- Rasch, Harold
Westrick, Klaus
Wettbewerbsbeschränkungen,
Kartell- und Monopolrecht
3. Aufl.
Herne, Berlin 1966
(Rasch-Westrick)
- Reichsgerichtsräte
Das Bürgerliche Gesetzbuch,
Kommentar herausgegeben von
Reichsgerichtsräten und Bundes-
richtern
Band II 2. Teil von Fischer,
Haager, Kreft, Kuhn, Scheffler,
11. Aufl.
Berlin 1961
(RGRK)
- Reimann, Günter
Zur kartellrechtlichen Beurtei-
lung von Empfehlungen an Einzel-
ne
in: BB 1963 S. 409 f
- Reinhart, Gert
Die vorsätzliche Zuwiderhandlung
gegen das Kartellverbot. Zum Be-
griff der Ordnungswidrigkeit nach
§ 38 Abs. I Nr. 1 GWB
FIW-Schriftenreihe H. 15
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
(Reinhart, Zuwiderhandlung)
- Renthe-Fink, D. von
Ist die Doppelsteckerempfehlung
des VDE ordnungswidrig?
in: WuW 1960 S. 254 ff
- Reuss, Karl Friedrich
Die Intensitätsstufen der Abreden
und die Gentlemen-Agreements
in: AcP 154 (1955) S. 485 ff
- Reuß, Wilhelm
Verfassungsrechtliche Grundsätze
zum Organisationsrecht der Wirt-
schaft
in: DVBL. 1953 S. 684 ff
- Reuß, Wilhelm
Die Organisation der Wirtschaft
in: Die Grundrechte, herausge-
geben von Bettermann, Nipperdey,
Scheuner, Bd. III/1 S. 91 ff
Berlin 1958
(Reuß, Organisation)
- Reuß, Wilhelm
Wirtschaftsrecht I
in: Max von Brauchitsch, Verwal-
tungsgesetze des Bundes und der
Länder, neu herausgegeben von Ule
Bd. III 1. Halbband
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
(Reuß, Wirtschaftsverwaltungs-
recht)

- Rieger, Harald Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbots - zugleich ein Beitrag zu der Lehre von der Restriktion
Diss. jur. Frankfurt/M. 1967
(Rieger, Problem)
- Rinck, Gerd Wirtschaftsrecht
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
(Rinck, Wirtschaftsrecht)
- Rowedder, Heinz Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: MDR 1958 S. 1 ff und S. 384 ff
- Ruge, Dietrich Abgrenzung des gentlemen's agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschuß
in: WuW 1963 S. 698 f
- Ruge, Dietrich Begriff und Rechtsfolgen des gleichförmigen Unternehmerverhaltens in Europa und den Vereinigten Staaten von Nordamerika.
Kartellrundschau H. 9
Köln, Berlin, Bonn, München 1968
(Ruge, Begriff)
- Rumpf, Fritz Öffentlich-rechtliche Geltung der Vorschriften des VDE
in: Elektrizitätswirtschaft 1931 S. 365 ff
- Rumpf, Fritz Die Bedeutung des VDE
in: ETZ 1929 S. 1003 ff
- Sachs, K. Über die Rechtsverbindlichkeit der VDE- und sonstiger Vorschriften insbesondere im Hinblick auf die Folgerungen des Zivil- und Strafrechts
in: Elektrizitätswirtschaft 1955 S. 582 ff
- Sachs, K. Rechtsgrundlagen über technische Ausführungen und Sicherheit
in: Elektrizitätswirtschaft 1956 S. 496 ff
- Säcker, Franz-Jürgen Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1967 S. 681 ff

- Sander, Freimut Die einfache Patentgemeinschaft
im GWB
in: WuW 1959 S. 499 ff
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes ge-
gen Wettbewerbsbeschränkungen
München 1968
(Sandrock, Grundbegriffe)
- Sauter, Eugen Der eingetragene Verein
6. Aufl.
München und Berlin 1965
(Sauter, Verein)
- Schack, Friedrich Die verfassungskonforme Ausle-
gung
in: JuS 1961 S. 269 ff
- Schäfer, Karl-Wilhelm Das Recht der Regeln der Technik
Diss. jur. Köln 1965
(Schäfer, Recht)
- Scheuner, Ulrich Die staatliche Intervention im
Bereich der Wirtschaft
in: VVDStRL H. 11 (1954) S. 1 ff
- Schmidt, Ingo Die öffentliche Hand als Unter-
nehmen im Sinne des Gesetzes ge-
gen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1963 S. 1404 ff
- Schmidt, Ingo Markttransparenz als Voraus-
setzung für Wettbewerbsbeschrän-
kungen
in: WuW 1963 S. 97 ff
- Schmidt, Ingo Neuere Entwicklungen in der Wett-
bewerbstheorie unter Berücksich-
tigung wachstumspolitischer Ziel-
setzungen
in: WuW 1966 S. 699 ff
- Schmidt, Ulrich Das Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und die Wirtschafts-
tätigkeit der öffentlichen Hand
in materiell und verfahrensrecht-
licher Sicht
in: BB 1964 S. 1106 ff
- Schmidt-Rimpler, Walter Grundfragen der Erneuerung des
Vertragsrechts
in: AcP 147 (1941) S. 130 ff
- Schmitz, Werner G. Der Wettbewerbsbegriff im Kar-
tellrecht
in: NJW 1961 S. 2089 ff

- Schönke, Adolf
Schröder, Horst
Strafgesetzbuch, Kommentar
13. Aufl.
München und Berlin 1967
(Schönke-Schröder)
- Schramm,
Klaka, Rainer
Das Deliktsrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: WRP 1958 S. 75 ff
- Schulz, Paul Alexander
Technischer Fortschritt und Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Diss.rer.pol. Kiel 1965
(Schulz, Fortschritt)
- Schwammberger, Wolfgang
Legalisierung der Horizontalempfehlung im Anmelde- bzw. Erlaubnisverfahren des GWB
in: NJW 1959 S. 2189 ff
- Segelmann, Frank
Zum Begriff "Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge" in § 5 Abs. 2 GWB
in: WuW 1964 S. 3 ff
- Serick, Rolf
Parallelwirkungen im Internationalen Privatrecht
in: RabelsZ 21 (1956) S. 207 ff
- Seydel, Helmut
Besprechung von E.R. Huber, Das Empfehlungsverbot
in: NJW 1959 S. 978
- Seydel, Helmut
Empfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: WRP 1957 S. 254 ff
- Siebert, Wolfgang
Faktische Vertragsverhältnisse, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe H. 41
Karlsruhe 1958
(Siebert, Vertragsverhältnisse)
- Simon, Ludwig
Butze, Gerhard
Neuer Musterwortlaut der TAB
in: Elektrizitätswirtschaft 1966 S. 683 ff
- Smend, Rudolf
Das Recht der freien Meinungsäußerung
in: VVDStRL H. 4 (1928) S. 1 ff
- Sölter, Arno
Die Mittelstandsempfehlung im GWB
in: WuW 1959 S. 792 ff

- Sölter, Arno
Nachfragemacht und Wettbewerbs-
ordnung
Düsseldorf 1960
(Sölter, Nachfragemacht)
- Sölter, Arno
Das Rabattkartell
Düsseldorf 1955
(Sölter, Rabattkartell)
- Soergel, Hs. Th.
Siebert, W.
Bürgerliches Gesetzbuch mit Ein-
führungsgesetz und Nebengesetzen
Bd. 1 Allg. Teil 10. Aufl.
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967
Bd. 2, 9. Aufl., Stuttgart 1959
(Soergel-Siebert)
- Spengler, Albrecht
Betrachtungen zur Marktmacht in
kartellrechtlicher Sicht
in: B 1960 S. 903 ff
- Spengler, Albrecht
Das Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, Übersicht
in: Blattei-Handbuch, Rechts- und
Wirtschaftspraxis (Forkel), WiR 8 D
Kartellrecht III (355) S. 17 ff
- Spengler, Albrecht
Über die Tatbestandsmäßigkeit
und Rechtswidrigkeit von Wett-
bewerbsbeschränkungen
Düsseldorf 1960
(Spengler, Tatbestandsmäßigkeit)
- Starck, Felix
Anhörung und Beiladung in Kartell-
verfahren
in: BB 1960 S. 465 ff
- Staudinger, J. von
Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, 11. Aufl.
I. Bd. Allg. Teil Berlin 1957
II. Bd. Recht der Schuldverhält-
nisse Berlin 1958
II. Bd. Recht der Schuldverhält-
nisse Teil 1 b Berlin 1961
(Staudinger-..., Kommentar)
- Stecklum, Ralf
Die Entwicklung zum Prüfwang in
der Elektrotechnik
Diss. rer. pol Nürnberg 1959
(Stecklum, Entwicklung)

- Stegenga, A. Aufgabe der Normen beim Schutz von Verbrauchern und Dritten
Bericht Nr. 4 der Studientagung über die Normung auf elektrotechnischem Gebiet
EWG-Kommission 3448/III/66 - D
- Steindorff, Ernst Direktverkauf und Preisempfehlung, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
in: JZ 1959 S. 197 ff
- Steindorff, Ernst Buchbesprechung von Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen
in: JZ 1960 S. 232 ff
- Steindorff, Ernst Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht H. 10
Frankfurt 1959
- Strickrodt, Georg Die Tragweite des generellen Kartellverbots
in: B 1958 S. 15 ff
- Strickrodt, Georg Verfassungskonforme Gesetzesauslegung im Kartellgesetz
in: B 1959 S. 103 ff und 132 ff
- Strickrodt, Georg Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots
in: WuW 1957 S. 75 ff
- Tegethoff, W. VDE-Vorschriften in der juristischen Praxis
in: Elektrotechnik 1959 S. 112 ff
- Teichmann, Arndt Die "Gesetzesumgehung" als Tatbestandsmerkmal des § 38 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: WRP 1966 S. 91 ff
- Terrahe, Jürgen Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation
Diss. jur. Münster 1961
(Terrahe, Beleihung)
- Tessin, Claus Die Kartellrechtsnovelle 1965
in: AG 1965 S. 281 ff

- Tetzner, Heinrich Kartellrecht. Ein Leitfaden
2. Aufl.
München und Berlin 1967
(Tetzner, Kartellrecht)
- Tilman, Wilfried Zusammenarbeit und Kartellverbot,
typische Formen unternehmerischer
Kooperation und § 1 GWB
Diss. jur. Heidelberg 1966
- Trute, H. Allgemeine Lieferbedingungen der
elektrotechnischen Industrie
2. Aufl.
Frankfurt 1966
(Trute, Lieferbedingungen)
- Tuhr, Andreas von Der allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts
1. Bd. Allg. Lehren und Personen-
recht
Leipzig 1910
(von Tuhr, Allg. Teil)
- Turegg, Kurt Egon von
Kraus, Erwin Lehrbuch des Verwaltungsrechts
4. Aufl.
Berlin 1962
(v. Turegg-Kraus, Lehrbuch)
- Ulmer, Peter Kartellrecht und gentlemen's
agreement
in: WuW 1962 S. 3 ff
- Viefhaus, W.E. Tätigkeitsbericht des VDE für
1941/42
in: ETZ 1942 S. 317 ff
- Völz, Fromut Kartellrechtliche Konsequenzen
aus dem BGH Urteil über Preis-
empfehlungen
in: WRP 1958 S. 326 ff
- Völz, Fromut Der Kartellsenat des BGH und
seine zweite Entscheidung zum
Empfehlungsverbot
in: WRP 1960 S. 115 ff
- Vogel, Klaus Kartellrecht und Handelspolizey
in: JZ 1958 S. 111 ff
- Wanser, Gerhard Kabel, Leitungen, Zubehör. Ein
Rückblick auf die Hannover-Messe
1966
in: Elektrizitätswirtschaft 1966
H. 13 (Sonderdruck) S. 2 ff

- Westermann, Harry Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf
Karlsruhe 1956
(Westermann, Einkaufszusammenschlüsse)
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch
Bd. I, 7. Aufl. München und Berlin 1968
Bd. II, 2. Aufl. München und Berlin 1967
- Wolff, Jürgen Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen gemeinsamer Produktionsunternehmen und ihre Beurteilung nach §§ 1, 23 GWB
in: BB 1966 S. 920 ff
- Wolff, Jürgen Technische Normen im Rechtsverkehr
in: Blattei-Handbuch, Rechts- und Wirtschaftspraxis (Forkel), WiR 8 D Gewerbliche Ordnung (704) S. 37 ff
- Würdinger, Hans Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht
in: WuW 1953 S. 721 ff
- Würdinger, Hans Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft
in: WuW 1958 S. 503 ff
- Würdinger, Hans Exportkartell und EWG
in: WuW 1960 S. 313 ff
- Würdinger, Hans Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften
Hamburg 1937
(Würdinger, Gesellschaften)
- Wurmbach In Reih' und Glied, so fühlt sich die Kabel- und Leitungsdraht-Industrie am wohlsten
in: Elektrowirtschaft 1966 S. 725 ff
- Zemlin, Hans Die rechtliche Beurteilung der DIN-Normen
in: DIN-Mitteilungen 1951 H. 12 S. 161 ff

Zimbauer, Josef

VDE-Vorschriften in der juristischen Praxis
in: Elektro-Technik 1958
S. 374 ff und 1959 S. 114 ff

Zöllner, Wolfgang

Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden
München und Berlin 1963
(Zöllner, Schranken)

Zweigert, Kurt

Das neue Kartellgesetz
in: DVBl. 1958 S. 733 ff

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere(r) Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aF	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft oder Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz des Energieversorgungsunternehmens
B	Der Betrieb
BauO	Bauordnung
Bay.BS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DBP	Deutsche Bundespost

DIN	Deutsche Industrie-Norm
Diss.	Dissertation
DNA	Deutscher Normenausschuß
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVGW	Deutscher Verein von Gas- und Wasserfachmännern e.V.
DVO	Durchführungsverordnung
E	Entscheidungssammlung
Enn-Nipperdey	Enneccerus-Nipperdey
EnWG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz)
ETZ	Elektrotechnische Zeitschrift, Ausgabe B
eV	eingetragener Verein
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FAM	Fachnormenausschuß für Materialprüfung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
FNE	Fachnormenausschuß Elektrotechnik
Frankf. Komm.	Frankfurter Kommentar
Gem. Komm.	Gemeinschaftskommentar
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWE	Generalinspekteur für Wasser und Energie
GWF	Das Gas- und Wasserfach
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung

HRR	Höchsttrichterliche Rechtsprechung
IdF	in der Fassung
iVm	in Verbindung mit
JMBlnW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KartVO	Kartellverordnung
KG	Kammergericht
KRT	Arbeitstagung der Kartellreferenten des Bundes und der Länder
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF.	neue Folge oder neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die Brit. Zone
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAnz	Deutscher Reichsanzeiger
RBeilage	Rechtsbeilage zur Elektrizitätswirt- schaft
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
RWiMiBl.	Ministerialblatt des Reichswirt- schaftsministeriums
RWP	Rechts- und Wirtschaftspraxis
S.	Satz oder Seite
StGB	Strafgesetzbuch

TAB	Technische Anschlußbestimmungen für Starkstromanlagen mit Betriebsspannungen unter 1000 Volt
Ufita	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UStG	Umsatzsteuergesetz
UVV	Unfallverhütungsvorschrift(en)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VDE	Verband Deutscher Elektrotechniker e.V.
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WZG	Warenzeichengesetz
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVEI	Zentralverband der elektrotechnischen Industrie

EINLEITUNG

Die Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektrotechniker e.V. sind zusammengefaßt im sog. VDE-Vorschriftenwerk. Sie sind damit Teil der in jüngster Zeit entstandenen Regelwerke, die mehr oder weniger vollständige, von einander grundsätzlich unabhängige Kodifikationen technischer Regeln enthalten und von interessierten Verbänden aufgestellt und mit einem gewissen Nachdruck publiziert werden.

Diese Regelwerke bestehen sowohl auf internationaler Ebene - etwa die Empfehlungen der International Electrotechnical Commission (IEC) oder der Commission internationale de réglementation en vue de l'approbation de l'Equipment Electrique (CEE) - als auch im nationalen Bereich, in der Bundesrepublik namentlich die DIN-Normen des Deutschen Normenausschusses, die VDI-Richtlinien des Vereins Deutscher Ingenieure (VDI) sowie die VDE-Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektrotechniker.

Die Kennzeichnung dieser Regelwerke als "Kodifikationen" läßt die Möglichkeit eines Konflikts mit den Rechtsnormen erkennen, da hier für bestimmte Bereiche des menschlichen Daseins von autonomen Verbänden umfassende, allgemeine Beachtung fordernde Verhaltensrichtlinien aufgestellt werden.

Die sich hieraus ergebenden Fragen sind bisher überwiegend von verfassungs- und haftungsrechtlichen Gesichtspunkten her beleuchtet worden.¹⁾

Aufgabe dieser Arbeit ist die Untersuchung des Verhältnisses des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu dem elektrotechnischen Teilbereich dieser Regeln.

Dabei hat es sich als zweckmäßig erwiesen, die kartellrechtliche Beurteilung der VDE-Bestimmungen im Rahmen der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Normen des GWB vorzunehmen.

1) Vgl. etwa Herschel, NJW 1968 S. 617 ff; Lipps, NJW 1968 S. 279 ff; Lukes, Fragen; Nickusch, Normativfunktion.

ERSTER TEIL

G r u n d l a g e n

1. VDE-Bestimmungen als Gegenstand der Untersuchung

Die Elektrizität als Energieträger hat allen anderen Wirtschaftsgütern voraus, daß sie dem Verbraucher aufgrund ihrer Wandlungsfähigkeit eine fast unbegrenzte Wahl erlaubt, welchen Gebrauch er von ihr machen will.

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der elektrischen Energie zeigt sich am Verkaufswert des verbrauchten Stroms, der in der Bundesrepublik 1953 noch 4,8 Mrd DM, 1956 schon 7,3 Mrd DM betrug. ¹⁾

Nach den bisherigen Erfahrungen verdoppelt sich der Stromverbrauch alle 10 Jahre. ²⁾ Mit der zunehmenden Verbilligung ³⁾ der Stromerzeugung kann mit einem weiteren Ansteigen des Strombedarfs gerechnet werden, da für eine Marktsättigung noch keine Anzeichen bestehen. So beträgt die Stromabgabe an den letztverbrauchenden Einwohner in der Bundesrepublik z.B. erst 40% des entsprechenden Bedarfs in den USA. ⁴⁾

Dem Vorteil niedriger Erzeugungskosten steht jedoch ein verhältnismäßig hoher Teil an Kosten gegenüber, der zur Nutzarmachung der elektrischen Energie nötig ist.

1) Der Anteil am Bruttosozialprodukt stieg dabei von 3,3% (1953) auf 3,8% (1956), vgl. Freiburger, Betrieb S. 12.

2) Freiburger, Betrieb S. 84.

3) Den Gestehungskosten bei herkömmlicher Stromerzeugung - bis zu 4 Pfennig pro Kilowattstunde - stehen 2,3 Pfennig pro Kilowattstunde bei den heute schon klassischen Leichtwasserreaktoren gegenüber. Die ab 1975 zum Einsatz kommenden "schnellen Brüter" werden die Gestehungskosten auf 1,4 - 1,6 Pf./kwh sinken lassen, vgl. Industriekurier, 4.7.1968 S. 3; Freiburger, Betrieb S. 84.

4) Freiburger, Betrieb aaO.

Die Funktionsfähigkeit elektrischer Energieanlagen und Verbrauchsgeräte ist an bestimmte technische Voraussetzungen geknüpft. Außerdem birgt die Elektrizität bei unsachgemäßem Gebrauch Gefahren für Menschen und Sachen in sich.

Dem sich daraus ergebenden Bedürfnis nach allgemeiner Festlegung der hierfür als vorteilhaft angesehenen Verhaltensrichtlinien trägt heute der VDE mit seinen sogenannten Bestimmungen Rechnung.

1.1. Geschichtliche Entwicklung

Am 22. Januar 1893 gründeten Delegierte aus lokalen "Elektrotechnischen Vereinen" zusammen mit Spitzenvertretern der Elektroindustrie den "Verband der Elektrotechniker Deutschlands". Zweck dieses Verbandes "sollte weniger die Förderung der elektrotechnischen Wissenschaft und Praxis, als vielmehr die Wahrung und Förderung der Interessen des Wirtschaftslebens, der Gesetzgebung und der inneren Organisation der elektrotechnischen Industrie sein". ¹⁾

Die Elektroindustrie setzte große Hoffnungen auf diese Art des gemeinsamen Wirkens, von der man sich eine Milderung der scharfen Gegensätze im Konkurrenzkampf versprach. ²⁾

Das entscheidende Mittel zur Verwirklichung der Verbandsziele wurde schon 1893 im Erlaß elektrotechnischer Vorschriften gesehen, die unter zwei Gesichtspunkten aufgestellt wurden: ³⁾

Zur Rationalisierung wurden sogenannte "Normen" erarbeitet, die

-
- 1) Bericht über die Gründung des Verbandes, ETZ 1893 S. 68; dazu heute VDE o2o/11.64 Ziff. 1: Ziel des Verbandes sollte die Förderung des Fortschritts in der Elektrotechnik, die Liebe zur Wissenschaft der Leitstern sein.
 - 2) Den daraufhin erhobenen Vorwürfen einer "einseitigen Interessenorganisation" (ETZ 1893 S. 80) begegnete der VDE mit einer Mitgliedschaft von Installateuren und Elektrizitätswerken.
 - 3) Ob damals eine mitgliedschaftliche Verpflichtung zur Einhaltung der VDE-Bestimmungen bestand, läßt sich nicht mehr feststellen; dafür spricht allerdings die damals verwendete Kennzeichnung als "Verbandsbestimmungen", vgl. Detmar, ETZ 1918 S. 33 ff.

eine Typenbeschränkung zum Inhalt hatten. ¹⁾

Um die Verwendung elektrischer Energie und elektrischer Verbrauchsanlagen zu verbreiten, mußte vordringlich ein einwandfreies und sicheres Funktionieren gewährleistet werden. Zu diesem Zweck erließ der VDE einheitliche "Bestimmungen" über den Bau elektrischer Anlagen. ²⁾ Dem Schutz des einzelnen wurde durch eine Anleitung zur ersten Hilfeleistung bei Unfällen in elektrischen Betrieben Rechnung getragen. ³⁾

Die nach diesen VDE-Normen bzw. Bestimmungen hergestellten elektrotechnischen Fertigerzeugnisse durften dann - nach entsprechender Prüfung durch den VDE - mit dem VDE-Verbandszeichen gekennzeichnet werden. ⁴⁾

Für diese Tätigkeit fand der VDE schon bald nicht nur die Anerkennung der Industrie, der die Normung erhebliche Vorteile brachte ⁵⁾, sondern auch der Öffentlichkeit, die an einer zuverlässigen Energieversorgung interessiert war. ⁶⁾

Durch die intensive Normungsarbeit im Hinblick auf Rationalisierungsnormen ergaben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zu dem 1917 gegründeten Normenausschuß der deutschen Industrie. Die Aufstellung von elektrotechnischen Normen wurde daher am 24.7. 1941 dem neugegründeten Fachnormenausschuß Elektrotechnik (FNE) im Deutschen Normenausschuß übertragen; der VDE befaßte sich von diesem Zeitpunkt an nur noch mit elektrotechnischen "Bestimmungen", die grundsätzlich nur dem Gedanken der Funktions-

1) Normen über einheitliche Kontaktgrößen und Schrauben, Kupfernormalien, ETZ 1896 S. 402; Normalien über Lampenfassungen, ETZ 1900 S. 921.

2) Vorschriften über Starkstrom- und Bahnanlagen, ETZ 1896 S. 22.

3) ETZ 1899 S. 728.

4) Die Prüfstelle wurde 1920 in Berlin eingerichtet, vgl. VDE 0020/11.64 Ziff. 9.

5) Detmar, ETZ 1918 S. 33 ff.

6) Anerkennung in verschiedenen rechtlichen Vorschriften, vgl. dazu unten S. 15 ff.

fähigkeit und Sicherheit Rechnung tragen. ¹⁾

Nach der Unterbrechung dieser Tätigkeit infolge der Auflösung des VDE durch alliierten Kommandanturbefehl wurde die Aufstellung von Bestimmungen nach der Neugründung des VDE am 16.5.1949 im bisherigen Sinne wieder aufgenommen. ²⁾

Dem VDE gehören heute neben 24.000 persönlichen Mitgliedern (Elektrotechniker im weitesten Sinne) etwa 830 korporative Mitglieder (zumeist Unternehmen der Elektroindustrie und der Energieversorgung) an. ³⁾

1.2. Inhalt

Die vom VDE erarbeiteten Bestimmungen sind im VDE-Vorschriftenwerk auf etwa 4.500 Seiten (DIN A 5) zusammengefaßt.

Es enthält einmal nicht-technische Aussagen.

Das sind 9 sogenannte Druckschriften, die allgemeine (zum Teil satzungsausfüllende) Ausführungen über Organe, Arbeiten und Aufgaben des VDE sowie das Verhältnis von VDE-Bestimmungen zu den Gesetzen beinhalten (VDE 0020 - 0060). Gegenstand von Druckschriften sind auch allgemeine Aussagen, zum Beispiel Anleitungen zur Ersten Hilfe bei Unfällen. ⁴⁾

Im übrigen enthält das VDE-Vorschriftenwerk lediglich technische Aussagen.

Die 6 VDE-Richtlinien enthalten technische Aussagen, die noch nicht als anerkannte Regeln der Elektrotechnik angesehen werden können. ⁵⁾

Die 6 sogenannten Merkblätter fassen VDE-Bestimmungen in allgemein verständlicher Form zusammen und verbinden sie mit allgemeinen Ratschlägen im Zusammenhang mit Störungen von

1) Mitteilung des VDE ETZ 1940 S. 767. Die Normblätter der Elektrotechnik, die seit 1924 als DIN-VDE-Normen bezeichnet wurden, trugen von nun an die Bezeichnung DIN 40.000 bis 49.999.

2) VDE 0020/11.64 Ziff. 1.

3) Fleischer, ETZ 1967 S. 100 f (101).

4) VDE 0134/5.64.

5) Z.B. 0193/3.54: Richtlinien für den Anschluß und die Anbringung von Elektroden-Durchlauferhitzer.

außen. 1)

Der Hauptteil des Vorschriftenwerks besteht aus etwa 255 Bestimmungen ²⁾, die der VDE nach folgenden Kriterien einteilt ³⁾:

Vorschriften, die Anforderungen enthalten, die aus Sicherheits- oder sonstigen zwingenden Gründen eingehalten werden müssen,

Regeln, deren Anforderungen erfüllt werden sollen, um die Zuverlässigkeit zu gewährleisten,

Leitsätze, die technische Aussagen im Zusammenhang mit "Vorschriften" und "Regeln" enthalten.

Diese Einteilung nach Sicherheits- und Funktionsbestimmungen ist im VDE-Vorschriftenwerk jedoch nicht konsequent durchgeführt. Von den 255 Bestimmungen sind nur 87 als Vorschriften, 37 als Regeln und 30 als Leitsätze ausgewiesen. Die übrigen 101 Bestimmungen enthalten Merkmale aller Gruppen.

Vorschriften, die an sich nur dem Sicherheitsgedanken Rechnung tragen sollen, enthalten auch Zuverlässigkeitsgesichts-

1) VDE 0132/5.65 "Brandbekämpfung"; VDE 0191/VI 43 "Anforderungen für Werkstätten mit schlagwetter- und explosionsgeschützten Betriebsmitteln"; VDE 0125/I 45 "Zerstörung von Holzmasten durch Käferlarven" u.a.m..

2) Stand: 1. April 1968; davon sind etwa 180 VDE-Bestimmungen mit eigener VDE-Nummer aufgeführt. Diese Bestimmungen sind aber zum Teil in selbständige Teile untergegliedert, z.B. VDE 0720: Elektrowärmeegeräte, Teile 1 - 12. Teil 1/4.65 Allgemeine Bestimmungen; Teil 2/9.62 Speisezubereitungs- und Warmhaltegeräte; Teil 3/9.62 Einzelgeräte für Haushalt usw.. Daneben gibt es noch etwa 50 "grüne Entwürfe" zu Neufassungen einzelner Bestimmungen.

3) VDE 0022/1.64 Ziff. 1.3..

punkte, Regeln und auch Sicherheitsanforderungen. 1)

VDE-Bestimmungen lassen sich daher nur einheitlich - ohne daß dabei auf die Bezeichnung als "Vorschrift", "Regel" oder "Leitsatz" abgestellt werden kann - als technische Regelungen zur Sicherheit und Funktionsfähigkeit elektrischer Anlagen und Verbrauchsgeräte bezeichnen. Keineswegs handelt es sich dabei - wie in der Öffentlichkeit anscheinend häufig angenommen wird - um reine Sicherheitsvorschriften. 2)

Gegenstand der VDE-Bestimmungen ist eine umfassende Regelung von Verhaltensweisen im Hinblick auf die Erzeugung ³⁾, die Weiterleitung ⁴⁾ und den Verbrauch ⁵⁾ elektrischer Energie. Für all diese Bereiche enthalten die Bestimmungen die grundsätzlichen Anforderungen sowie die zu deren Einhaltung erforderlichen Bau-,

-
- 1) Von Sicherheitsvorschriften läßt sich dann nicht sprechen, wenn durch den Strom keine Gefahr auftreten kann. Das ist zumindest nicht der Fall bei Spannungen unter 40 Volt (der VDE geht von einer zulässigen Berührungsspannung von 65 Volt aus), da bei diesen Spannungen weder gesundheitliche Schäden, noch Brandgefahren möglich sind. Die Vorschriften über Fernmeldeanlagen (VDE 0800 ff) lassen sich demnach nicht als Sicherheitsbestimmungen bezeichnen. Auch können zum Beispiel Vorschriften über die Ermittlung des Wirkungsgrades von Maschinen (VDE 0530 Teil 2/8.66) nicht durch den Sicherheitsgedanken gerechtfertigt werden. Andererseits dienen Regeln zum Beispiel VDE 0435/9.62 "elektrische Relais in Starkstromanlagen" der Sicherheit, Leitsätze zum Beispiel 0150/3.65 "Schutz von Leitungen und Kabeln" der Zuverlässigkeit. Eine Einteilung nach der Art der Befolgungspflicht scheitert daran, daß alle Bestimmungen ein Gemisch von "Muß" und "Soll" Anforderungen enthalten.
 - 2) Vgl. BKA Brief 20.2.1960 WuW/E 145 ff (150) "Doppelstecker"; Nickusch, Normativfunktion S. 26. Der Anteil der reinen Sicherheitsvorschriften beträgt nach Schätzungen von Elektrotechnikern umfangmäßig etwa die Hälfte aller Bestimmungen. Mittelbar ergibt sich aber allein durch die Vereinheitlichung in den Fällen eine Erhöhung der Sicherheit, in denen durch den elektrischen Strom eine Gefahr eintreten könnte. (Vgl. aber oben Fn 1).
 - 3) Gruppe VDE 0300.
 - 4) Gruppen VDE 0200, 0300, 0400, 0600.
 - 5) Gruppen VDE 0100, 0600, 0700, 0800.

Prüf- und Anwendungsbestimmungen. ¹⁾

Die Beschaffenheit von Einzelteilen wird durch Anforderungen bezüglich des Materials, der Form, der Abmessungen und der Farbe, die Zusammensetzung des Endprodukts durch Kennzeichnung der erforderlichen Einzelteile geregelt. Je homogener die Gegenstände zusammengesetzt sind, desto genauer sind die Anforderungen, während bei komplexen Gegenständen häufig nur die erforderlichen Gesamteigenschaften angegeben sind. Dabei werden die jeweiligen Anforderungen gelegentlich nicht direkt, sondern mittelbar durch detaillierte Prüfbestimmungen geregelt.

Die in der Elektrotechnik zu beachtenden Verhaltensweisen werden durch Umschreibung der erforderlichen Tätigkeiten zur Errichtung, Benutzung oder Erhaltung elektrischer Anlagen bestimmt.

VDE-Bestimmungen richten sich an alle, die im Bereich der Elektrotechnik tätig sind, also an die Produzenten (der Energieerzeugungs-, Weiterleitungs- und Verbrauchsanlagen) sowie an alle Personen, die sich mit der Errichtung, Einrichtung oder Unterhaltung derartiger Anlagen befassen. Mittelbar wenden sie sich auch an Händler und Letztverbraucher, denen empfohlen wird, nur den VDE-Bestimmungen entsprechendes Material zu verwenden. Da die VDE-Bestimmungen jedoch nicht nach Adressatenkreisen, sondern ausschließlich nach dem Regelungsgegenstand eingeteilt sind, ist bei der Anwendung im Einzelfall jeweils genau zu prüfen, an welchen Adressaten sich die jeweilige Bestimmung richtet. Vorschriften über den Einbau elektrischer Anlagen richten sich z.B. nur an den Installateur, nicht jedoch an den Produzenten elektrotechnischen Materials. ²⁾

-
- 1) Da VDE-Vorschriften nur nach diesen Gesichtspunkten aufgebaut sind, kommt eine inhaltliche Gliederung etwa entsprechend DIN 820 Bl. 1 Ziff. 2.1. hier nicht in Betracht.
 - 2) Dieser Gedanke wird von Lipps, NJW 1968 S. 279 ff (281 f) übersehen, der aufgrund einer die Installation betreffenden Bestimmung eine Beachtungspflicht auch des Herstellers begründen will.

1.3. Aufstellung

Die Ausarbeitung des Vorschriftenwerks und dessen Veröffentlichung ist nach § 2 Ziff. 3a der Satzung des VDE eine der Hauptaufgaben des Verbandes. Das Verfahren ist in VDE oo23/3.66 in Verbindung mit VDE oo22/1.64 festgelegt.

1.3.1. Beteiligte Gremien

Die Ausarbeitung von VDE-Bestimmungen ¹⁾ erfolgt grundsätzlich in den VDE-Kommissionen. Es bestehen zur Zeit 75 VDE-Kommissionen mit etwa 1.600 ehrenamtlichen Mitarbeitern, die in der Regel persönliche Mitglieder sind. ²⁾

Die Besetzung einer VDE-Kommission erfolgt nach einem Besetzungsvorschlag der Vorschriftenstelle. Auswahlkriterien sollen Fachkenntnisse, Erfahrung und Bereitschaft zu ständiger Mitarbeit sein. Die Zusammensetzung erfolgt daher aus Fachleuten der von der Bestimmung jeweils betroffenen Kreise, die dann zwar formal in ihrer Eigenschaft als persönliche Mitglieder, zumeist jedoch - da die Beschäftigung in der Kommission ehrenamtlich ist - als Vertreter ihrer bzw. der hinter ihnen stehenden Interessen tätig werden. Daß dieser Gesichtspunkt zumindest auch ein Auswahlkriterium ist, zeigt sich daran, daß bei einem Wechsel der beruflichen Tätigkeit oder des Arbeitgebers eines Kommissionsmitgliedes der Technische Ausschuß nach Anhörung der betroffenen Fachkreise über die weitere Kommissionbeteiligung entscheidet. ³⁾

Nach Bestätigung dieses Besetzungsvorschlages durch den Technischen Ausschuß werden die Mitglieder auf 3 Jahre in die Kommission berufen. Eine wiederholte Verlängerung der Mitgliedschaft ist bei einem Einverständnis der betroffenen Fachkreise möglich. ⁴⁾

1) Für VDE-Druckschriften, Merkblätter und Richtlinien gilt dies entsprechend: VDE oo23/3.66 Ziff. 3.2..

2) Kniffler, ETZ 1968 S. 25.

3) VDE oo23/3.66 Ziff. 2.1.3.3..

4) VDE oo23 Ziff. 2.1.3.3..

Die einzelnen Kommissionen bestehen in der Regel aus 15 - 20 Mitgliedern und sind unterschiedlich, jedoch meist mit Stimmenmehrheit der Mitglieder aus den betroffenen Industriekreisen besetzt, wobei fast ausschließlich Vertreter großer Firmen beteiligt sind. ¹⁾

In zahlreichen Ausschüssen findet sich weiter je ein Vertreter der betroffenen Großabnehmer, wie Bergbau, Handwerkerschaft und Energieversorgungsunternehmen. Als Vertreter öffentlicher Interessen wirken in einzelnen Ausschüssen Bundesbahn und Bundespost mit je einem Vertreter mit. Dagegen nehmen die vom VDE häufig hervorgehobenen Vertreter des Bundesinstitutes für Arbeitsschutz und des Bayer. Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge nicht als Vertreter öffentlicher Interessen, sondern nur als persönliche Mitglieder teil. ²⁾

Die VDE-Kommissionen haben für Teilaufgaben 130 (in der Regel unselbständige) Arbeitsausschüsse gebildet, deren Mitglieder nicht einer Kommission angehören müssen. ³⁾ Die Zusam-

-
- 1) Vgl. z.B. die 7 Industrievertreter der Kommission 0100 "Errichtungsvorschriften unter 1000 V": Siemens (2), AEG (2), BBC (1), BASF (1); Kommission 0250 "Kabel und isolierte Leitungen", 8 Industrievertreter: Siemens (3), Kabelmetal (1), Felten & Guilleaume (2), Kabelwerk Rheydt (1), Lynenwerk KG (1).
 - 2) Vgl. z.B. Kommission 0100 "Errichtungsvorschriften unter 1000 V": Industrie (8), Technischer Überwachungsverein (2), Energieversorgungsunternehmen (5), Bundesbahnzentralamt (1), Fernmeldetechnisches Zentralamt (1), Berufsgenossenschaft der Feinmechaniker (1), Westf. Provinzial-Feuersozietät (1), Zentralverband des Elektrohandwerks (1), Bundesinstitut für Arbeitsschutz (1), Bayer. Staatsministerium f. Arbeit und soziale Fürsorge (1), 02050 "Kabel und isolierte Leitungen": Industrie (8), Energieversorgung (3), Fernmeldetechnisches Zentralamt (1), Bundesbahnzentralamt (1), Steinkohlenbergbauverein (1).
 - 3) Die Arbeitsausschüsse können für Teilaufgaben VDE-Arbeitskreise bilden (VDE 0023/3.66 Ziff. 2.1.1.). Für Koordinierungs- oder Harmonisierungsaufgaben werden gemeinsame Arbeitsausschüsse mehrerer Kommissionen gegründet (VDE 0023/3.66 Ziff. 2.1.1.) bzw. Arbeitsgemeinschaften aus mehreren Organisationen, z.B. 0150 Arbeitsgemeinschaft, DVGW/VDE für Korrosionsfragen; 0820 FNE/VDE Gemeinschaftsausschuß Gerätesicherung; 0370 VDE/FAM Gemeinschaftsausschuß Schmieröle.

mensetzung der Arbeitsausschüsse ist ähnlich den Kommissionen, jedoch macht sich hier das Übergewicht der Industrie noch deutlicher bemerkbar. ¹⁾

Am Zustandekommen von VDE-Bestimmungen ist weiterhin die Vorschriftenstelle beteiligt, eine Abteilung des Generalsekretariats des VDE; sie besteht aus 11 hauptamtlichen Mitarbeitern des VDE.

Der technische Ausschuß ist nach § 11 der Satzung einer der 5 Hauptausschüsse des VDE. Er besteht aus dem Vorsitzenden und seinem Stellvertreter (Industrie) ²⁾, sowie 21 Mitgliedern aus der Industrie (9) ³⁾, der Energieversorgung (3), des Bundesbahn-

1) Vgl. z.B. o250-1 "Starkstromkabel": Industrie (8): Kabelmetal (2), Siemens (1), Felten & Guilleaume (1), Kabelwerk Oberspree (1), VDM-Kabelwerk (1), Kabelwerk Rheydt (1) -- Energieversorgung (4), Steinkohlenbergbau (1), Bundesbahn-Zentralamt (1).
o250-2 "Isolierte Starkstromleitungen": Industrie (8): Kabelmetal (2), Siemens (2), Felten & Guilleaume (1), Kabelwerk Oberspree (1), Kabelwerk Rheydt (1), Rheinische Draht- und Kabelwerke (1), -- Energieversorgung (1), Bundesbahnen-Zentralamt (1), Steinkohlenbergbauverein (1), Installateur (1).
o250-3 "Fernmeldekabel und isolierte Fernmeldeleitungen": Industrie (12): Siemens (2), Kabelmetal (3), Standard Elektrik Lorenz (1), Felten & Guilleaume (1), Vereinigte Draht- und Kabelwerke (1), Lynenwerk (1), Bayer. Kabelwerke (1), Kabelwerk Oberspree (1), Rheinische Draht- und Kabelwerke (1), -- Fernmeldetechnisches Zentralamt (1), Bundesbahn-Zentralamt (1), Energieversorgung (1).
o660-1 "Fehlerstrom-Schutzschalter": Industrie (8): Felten & Guilleaume (1), Stotz-Kontakt (1), Schutzapparategesellschaft Paris u. Co (1), Schiele-Industriewerke (1), AEG (1), Condor-Werke (1), SSW Gerätewerk (2), -- Energieversorgung (2), Berufsgenossenschaft Feinmechanik (1), Westf. Provinzial-Feuersozietät (1).
o610-1/FNE 2o5.1 "Schalter- und Steckvorrichtungen": Industrie (11): SSW Gerätewerk (1), Gebr. Berker (1), AEG (1), L. Kostal (1), Dürener Metallwerke (1), Giersiepen-Elektrotechn. Industrie (1), Dr.Deisting & Co (1), Gebr.Vedder (1), Stotz-Kontakt (1), Z V E I (1), STEMAG (1), -- Energieversorgung (1), Handwerkerschaft (1).

2) AEG, Chemische Werke Hüls.

3) Siemens (3), Felten & Guilleaume (1), Lindner (1), Bayer (1), AEG (1), BBC (1), Jung (1).

Zentralamts (1), der Bundespost (1), der Berufsgenossenschaft für Feinmechanik und Elektrotechnik (1), der Westf. Provinzial-Feuersozietät (1), des Bergbaus (1), des Technischen Überwachungsvereins (1) sowie freien Mitgliedern (3).

Nach § 6 der Geschäftsordnung des Technisches Ausschusses ¹⁾ bestehen seine Aufgaben im wesentlichen in der Festlegung der Arbeitsgebiete der Kommissionen, deren Mitgliederauswahl und der Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten verschiedener Kommissionen bzw. von Kommissionen mit Außenstehenden.

Der Vorstand setzt sich aus dem Vorsitzenden und seinem Stellvertreter ²⁾ und 10 Mitgliedern aus der Industrie (4) ³⁾, der Energieversorgung (2), der Bundespost (2), der Bundesbahn (1), der Technischen Universität Berlin (1) zusammen. Seine Aufgaben sind in § 8 Ziff. 7 der Satzung des VDE ⁴⁾ nur allgemein als Leitung des VDE, der Delegierten- und Hauptversammlung festgelegt.

1.3.2. Aufstellungsvorgang

Die (unverbindliche) Anregung zur Aufnahme bestimmter Sachgebiete in das Vorschriftenwerk, bzw. zur Überarbeitung vorhandener Arbeiten kann jedermann geben. ⁵⁾

Die Aufnahme eines bestimmten Sachgebiets in die VDE-Bestimmungen wird durch den Technischen Ausschuß festgelegt. Die Ausarbeitung der Bestimmungen innerhalb dieses Sachgebiets er-

1) Geschäftsordnung des Technisches Ausschusses des VDE (TA), gemäß Beschluß des VDE-Vorstandes v. 27.9.1960.

2) Direktor i.R., Fa. Lindner.

3) BBC, AEG, Siemens, Chemische Werke Hüls.

4) In der Fassung vom 19. Mai 1961.

5) Zum Aufstellungsvorgang vgl. VDE oo23/3.66 Ziff. 2.1.; die Zahl der jährlich neu aufgenommenen Bestimmungen beträgt etwa 5, abgeändert werden etwa 20. Da jedoch auch geringe Abänderungen in Detailfragen als Abänderung der Bestimmung gelten, kommt diesen Zahlen keine allgemeine Bedeutung zu, vgl. Fleischer, ETZ 1967 S. 100 f (101).

folgt durch die Kommissionen bzw. durch die von diesen gebildeten Arbeitsausschüssen und Arbeitskreisen. Bezüglich des Sachinhalts und des Zeitpunkts der Aufstellung bzw. Überarbeitung handelt jede Kommission nach ihrem Ermessen. ¹⁾ Für das Zustandekommen von Beschlüssen ist einfache Mehrheit ausreichend, wobei Beschlußfähigkeit bereits dann vorliegt, wenn der Vorsitzende und die Hälfte der Mitglieder anwesend sind. ²⁾

Die Beratungen der Kommissionen und deren Ergebnisse sind geheim. Sobald eine Arbeit von der Kommission verabschiedet ist, wird sie der VDE-Vorschriftenstelle vorgelegt, die ein formelles und materielles Nachprüfungsrecht hat. Nach der Genehmigung durch die Vorschriftenstelle wird die Arbeit als sog. "grüner Entwurf" im VDE-Vorschriftenwerk veröffentlicht und dessen Erscheinen in der Elektrotechnischen Zeitschrift und im Bundesanzeiger angekündigt. ³⁾

Mit Veröffentlichung dieses Entwurfs, der ausschließlich im VDE-Verlag erscheint, beginnt eine in der Regel zweimonatige Einspruchsfrist (bei größeren oder allgemein bedeutenden Werken: drei Monate), in der jedermann Einsprüche einreichen oder Wünsche und Anregungen vorbringen kann. Die Entscheidung darüber, ob bzw. inwieweit dem Einspruch stattgegeben wird, liegt im Ermessen der Kommission. Kommt zwischen der Kommission und dem Einsprechenden keine Einigung zustande, so kann der Einsprechende einen Schlichtungsausschuß anrufen, dem drei Mitglieder des Technischen Ausschusses, der Vorsitzende der Kommission und der Einsprechende angehören. Wird auch hier keine Einigung erzielt, entscheidet der Technische Ausschuß (endgültig) in seiner Gesamtheit. ⁴⁾

Nach Abschluß des Einspruchsverfahrens wird die Schlußfassung des Entwurfs von der VDE-Kommission verabschiedet und durch die

1) VDE 0023/3.66 Ziff. 2.1.5.1..

2) VDE 0023/3.66 Ziff. 2.1.5.4..

3) VDE 0023/3.66 Ziff. 3.1.3.2..

4) VDE 0023/3.66 Ziff. 3.1.4.3..

Vorschriftenstelle dem Technischen Ausschuß und dem Vorstand zur Genehmigung vorgelegt. Erfolgen innerhalb von 14 Tagen keine Einwendungen, so wird die Freigabe der VDE-Bestimmung im Namen des Vorstandes in der Elektrotechnischen Zeitschrift bekanntgegeben und die Bestimmung in das Vorschriftenwerk aufgenommen. Die Vorschrift kann dann von jedermann (gegen Gebühr) vom VDE-Verlag bezogen werden.

1.3.3. Zusammenfassung

Im Hinblick auf die kartellrechtliche Prüfung lassen sich bezüglich der Ausarbeitung der VDE-Bestimmungen folgende Gesichtspunkte herausstellen.

Die Aufstellung der Bestimmungen erfolgt unter überwiegender Beteiligung der marktmächtigen Unternehmen der Elektroindustrie. Die Mitarbeit von Behörden vollzieht sich durch die persönliche Mitwirkung einzelner Beamter, die entweder als Vertreter öffentlicher Sicherheitsinteressen oder ihrer Interessen als Großabnehmer in bestimmten elektrotechnischen Teilbereichen (Kabel) tätig werden.

Die Aufnahme neuer bzw. Abänderung bestehender Vorschriften steht im Ermessen der Kommission. Während sich die geheimen Verhandlungen über Gegenstand und Inhalt einzelner Bestimmungen oft jahrelang hinziehen, beträgt die Einspruchsmöglichkeit Außenstehender vom Zeitpunkt der möglichen Kenntnisnahme an nur 2 - 3 Monate. Die Entscheidung über die Einsprüche erfolgt durch Gremien, deren Vertreter im wesentlichen denselben Interessenkreisen entstammen wie die Mitglieder der Kommissionen.

2. Rechtliche Einordnung

Für das Verhältnis des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu den VDE-Bestimmungen ist deren rechtliche Einordnung von entscheidender Bedeutung.

In tatsächlicher Hinsicht können sich die Auswirkungen auf den Markt nach dem Grad der Verbindlichkeit der Bestimmungen bemessen; in rechtlicher Hinsicht kann die Intensität der

rechtlichen Anerkennung dieser technischen Regeln ein Kriterium für die Vereinbarkeit der beiden Ordnungssysteme sein.

2.1. Unmittelbare Rechtserheblichkeit

Die rechtliche Einordnung der VDE-Bestimmungen läßt sich nach dem Merkmal der Rechtserheblichkeit vornehmen ¹⁾: unmittelbar rechtserheblich sind alle oder einzelne VDE-Bestimmungen dann, wenn sich ihre bindende Wirkung ohne weiteres Zwischenglied aus einer Rechtsnorm ergibt.

2.1.1. Rechtsnormqualität

Eine unmittelbare Bindung an VDE-Vorschriften wäre einmal aus einer Charakterisierung als Rechtsnormen herzuleiten. Die Rechtsnormqualität könnte sich dabei aus einer Rechtsetzungsbefugnis des Verbandes oder aufgrund einer rechtlichen Anerkennung seiner Bestimmungen als Rechtssätze ergeben.

2.1.1.1. Rechtsetzungsbefugnisse

Dem VDE könnte allenfalls die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen oder öffentlich rechtlicher Satzungen zustehen.

2.1.1.1.1. Rechtsverordnungsbefugnis

Rechtsverordnungen sind in bestimmter Form hoheitlich einseitig erlassene, abstrakte und meist generelle Anordnungen zur Regelung des allgemein-staatlichen Gewaltverhältnisses. ²⁾ Der zum Erlaß von Rechtsverordnungen notwendige staatliche Verleihungsakt kann sich aufgrund einer vorkonstitutionellen Ermächtigung ergeben.

1) Zu dieser Einteilung: Lukes, Tragweite S. 3 ff (3).

2) Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 VII 1.

Nach den Vorschriften der §§ 13 Abs. II in Verbindung mit 16 Abs. II Energiewirtschaftsgesetz ¹⁾ konnte der Reichswirtschaftsminister Vorschriften und Anordnungen über die technische Beschaffenheit, die Betriebssicherheit, die Installation von Energieanlagen und Verbrauchsgeräten erlassen und diese Befugnis weiter übertragen. Aufgrund dieser Ermächtigung ist in § 1 Abs. I der 2. Durchführungsverordnung zum Energiewirtschaftsgesetz bestimmt, daß Energieanlagen und Verbrauchsgeräte nach den anerkannten Regeln der Elektrotechnik einzurichten und zu unterhalten sind, und in § 1 Abs. II dieser Verordnung, daß als solche Regeln die Bestimmungen des VDE gelten. ²⁾ Aus der klaren Trennung von Abs. I und Abs. II des § 1 der 2. Durchführungsverordnung und dem Wortlaut des Abs. II ergibt sich jedoch, daß die VDE-Bestimmungen nicht die anerkannten Regeln der Elektrotechnik sind, also auch andere anerkannte Regeln der Elektrotechnik beachtet werden können. Daraus folgt, daß VDE-Bestimmungen nicht unmittelbar rechtsverbindlich sein sollten, in § 1 Abs. II der 2. Durchführungsverordnung zum Energiewirtschaftsgesetz also keine Ermächtigung des VDE zum Erlass von Rechtsverordnungen zu sehen ist. ³⁾ Dies wurde vom Reichswirtschaftsminister ausdrücklich klargestellt. ⁴⁾

Eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen kann jedoch aus § 1 Abs. III der 2. Durchführungsverordnung zum Energiewirtschaftsgesetz in Verbindung mit einem Erlass des Reichswirtschaftsministers vom 13.7.1942 entnommen werden. ⁵⁾ Danach

-
- 1) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft v. 13.12.1935 RGBl. I S. 1451.
 - 2) Verordnung v. 31.8.1937 RGBl. I S. 918
 - 3) Tegethoff, Elektrotechnik 1959 S. 112 ff (112), ihm folgend Schäfer, Regeln S. 77 sind der Ansicht, daß eine Ermächtigung schon deshalb ausschied, weil der VDE keine nachgeordnete Behörde gewesen sei. Angesichts des damals noch wenig entwickelten Behördenbegriffs erscheint dies jedoch nicht zwingend.
 - 4) Brief des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers v. 11.12.1937 zur Auslegung des § 1 Abs. II 2. DVO zum EnWG, ETZ 1938 S. 27 f.
 - 5) VO v. 31.8.1937, RGBl. I S. 918 i.d.F. der VO v. 17.7.1942 RGBl. I S. 468, Erlass GWE v. 13.7.1942 En. 3054/42, abgedruckt bei Eiser-Riederer I S. 277.

verlieh der Reichswirtschaftsminister dem VDE die Befugnis (im Einvernehmen mit der Wirtschaftsgruppe Elektrizitätsversorgung und der Wirtschaftsgruppe Elektroindustrie) Abweichungen von den anerkannten Regeln der Technik für zulässig zu erklären. Diese Entscheidung war bindend für Gerichte und Verwaltungsbehörden. Der VDE erließ demgemäß Vorschriften über kriegsbedingte Abweichungen von den anerkannten Regeln der Elektrotechnik, die im Ministerialblatt des Reichswirtschaftsministeriums angekündigt und in der Zeitschrift Elektrizitätswirtschaft veröffentlicht wurden.¹⁾

Diese Ermächtigung bezog sich jedoch nur auf die kriegsbedingten Material- und Arbeitsverhältnisse. Die Ermächtigung und die daraufhin erlassenen Vorschriften des VDE sind daher durch Zeitablauf weggefallen.

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ist keine gesetzliche Vorschrift erlassen worden, aus der sich eine Verleihung von Rechtsverordnungsgewalt an den VDE ergeben könnte. Eine derartige Verleihung wäre nach der Wertung des Grundgesetzes auch als unzulässig anzusehen.²⁾

Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus Art. 80 Abs. I Grundgesetz, wonach nur die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden können, da Art. 80 Abs. I S. 4 GG eine Subdelegation ohne ausdrückliche Beschränkung der Delegationsadressaten zuläßt.³⁾

Die Aufstellung von abstrakt-generellen Anordnungen erfolgt

1) Vgl. RWiMiBl. 1944 Nr. 7 S. 109.

2) Anders aber ohne Begründung Arendt, DV 1949 S. 147 ff (147); Bachof, AöR Bd. 83 (1958) S. 208 ff (249); Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 588 u. DVBl. 1952 S. 456 ff (457); Nawlasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 55 Rdz. 8; Scheuner, VVDStRL 11 (1954) S. 36 Anm. 96; Terrahe, Beleihung S. 107 ff; Wolff, Verwaltungsrecht II § 104 I b.

3) Ungenau daher Hammer, GWF 1954 S. 109 ff (110) u. MDR 1966 S. 977 ff (978); Nickusch, Normativfunktion S. 156 ff; Wolff, RWP 8 WiR Teil D (704) S. 37 ff (40).

nach der Wertung des Grundgesetzes durch dazu von der Gesamtheit des Volkes demokratisch legitimierten Gremien. Art. 80 Abs. I GG macht davon nur aus dem Gesichtspunkt eines notwendigen Übels eine Ausnahme, indem er die Rechtsetzungsbefugnisse von dem Gremium mit Repräsentation der Gesamtinteressen auf ein Gremium mit Repräsentation dieser Gesamtinteressen verlagert. Ein privatrechtlicher Verband bietet jedoch nicht einmal die Gewähr für eine Repräsentation der Mehrheit der Gesamtinteressen. ¹⁾

Die Verleihung von Rechtsverordnungsgewalt an einen privatrechtlich strukturierten Verband, wie etwa den VDE, wäre daher mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. ²⁾

2.1.1.1.2. Öffentlichrechtliche Satzungsgewalt

Eigene Rechtsetzung üben selbständige, dem Staat eingegliederte Verbände in Form von öffentlichrechtlichen Satzungen zur Regelung ihrer eigenen - nicht unmittelbar staatlichen - Aufgaben aus. ³⁾ Dabei handelt es sich um abstrakte, in der Regel generelle Anordnungen an die Verbandsangehörigen. ⁴⁾

-
- 1) Unklar Conradi, Mitwirkung S. 51 ff; List, Verwaltungsrecht S. 10 ff, die von einer Autonomie der Technik sprechen.
 - 2) Im Ergebnis ebenso Hammer, GWF 1964 S. 109 ff (109) und MDR 1966 S. 977 ff (977); Nickusch, Normativfunktion S. 156; Reuß, Organisation S. 129 und DVBl. 1953 S. 684 ff (684 f); Schäfer, Regeln S. 106; Wolff, RWP 8 WiR Teil D (704) S. 37 ff (41); Urteil des BGH v. 14.7.1954 BB 1954 S. 1043 ff; BGH Urteil v. 9.12.1964 VersR 1965 S. 849 ff (850) steht dem nicht entgegen, da dort nur von der Befugnis nicht-staatlicher Verbände zum Erlass autonomer Satzungen ausgegangen wird.
 - 3) Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 VII 1; Forsthoff, Verwaltungsrecht I S. 136.
 - 4) Obwohl das GG keine Regelung der autonomen Satzungsbefugnisse insgesamt enthält, sind diese als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen (aa Hamann, Satzungen S. 76 ff (81)). Aus der erschöpfenden Aufzählung der Ermächtigungsadressaten in Art. 80 Abs. I GG, der die öffentlichrechtlichen Körperschaften, die traditionell Satzungsrechte besaßen, gar nicht erwähnt, ist zu entnehmen, daß der Parlamentarische Rat die autonomen Satzungen einfach übersehen hat. Eine (analoge) Anwendung des Art. 80 Abs. I GG ist daher nicht möglich, hM vgl. Haas, DVBl. 1954 S. 241 ff (243); Klein, Übertragung S. 100 ff; Ipsen, Rechtsfragen S. 41; Maunz in Maunz-Dürig Art. 80 Rdz. 34.

Die aus der Organisationsgewalt einer Vereinigung entsprungene privatrechtliche Satzungsgewalt wird durch die Verleihung der Autonomie zur hoheitlichen Satzungsbefugnis. Diese Autonomieverleihung erfolgt in der Regel konkludent mit der Errichtung bzw. staatlichen Eingliederung einer Körperschaft. 1)

Eine staatliche Eingliederung des privatrechtlich gegründeten Verbandes Deutscher Elektrotechniker ist nie erfolgt. Die (persönliche) Mitgliedschaft von Vertretern öffentlich-rechtlicher Institutionen bestand stets unter Anerkennung des privatrechtlichen Charakters des Verbandes. 2)

Die Aufstellung elektrotechnischer Vorschriften ist auch keine typisch hoheitliche Aufgabe, so daß der VDE auch nicht als öffentlich-rechtliche Körperschaft kraft Wesens angesehen werden kann. 3)

Der VDE kann allenfalls als öffentlich-rechtliche Körperschaft kraft Gewohnheitsrechts entstanden sein. Ob dies zur Entstehung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ausreicht, ist bestritten. Wenngleich rechtsstaatliche Gründe 4) für das Erfordernis einer ausdrücklichen staatlichen Eingliederung sprechen, lassen sich ohne eine derartige gewohnheitsrechtliche Anerkennung zahlreiche traditionell hoheitliche Körperschaften nicht erklären. Daher muß man eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung für die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft als ausreichend ansehen. 5)

1) Eine besondere Autonomieverleihung ist hier nicht erforderlich, da die Autonomie herkömmlicherweise zum Wesen öffentlich-rechtlicher Körperschaften gehört, einhellige Meinung vgl. Maunz in Maunz-Dürig Art. 80 Rdz. 33 mwN.

2) Vgl. Schreiben des Reichwirtschaftsministers v. 11.12.1937 an den VDE, abgedruckt ETZ 1938 S. 27 f.

3) Für dieses Rechtsinstitut haben sich Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 106 ff, 275 ff u. von Turegg-Kraus, Verwaltungsrecht S. 77 eingesetzt.

4) Für die Notwendigkeit eines ausdrücklichen Hoheitsaktes daher Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 136; Prost, NJW 1955 S. 1463 ff (1464).

5) Nawiaskey-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 55 Rdz. 8; Nickusch, Normativfunktion S. 134 Fn. 1; Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 IX a 2. Da Art. 80 GG für öffentlich-rechtliche Satzungen keine Anwendung findet, kann sich daraus kein Argument gegen diese Auffassung ergeben, anders aber Schäfer, Regeln S. 119.

Der VDE wäre danach als öffentlichrechtliche Körperschaft anzusehen, wenn bei den Betroffenen eine gleichmäßige und andauernde Überzeugung dahingehend vorläge, daß es sich bei dem VDE um eine dem Staat eingegliederte Organisation handle. ¹⁾

Indiz hierfür wäre eine allgemeine Übung, die VDE-Vorschriften als solche (also nicht nur die darin enthaltenen jeweiligen Festlegungen) als rechtsverbindlich anzusehen.

Eine allgemeine und lang andauernde Anerkennung der VDE-Bestimmungen als der für die Elektrotechnik maßgeblichen Verhaltensrichtlinien wird man zwar bei der überwiegenden Anzahl der Produzenten von Elektromaterial und Geräten sowie bei den Installateuren annehmen müssen. Ein üblicherweise als Kennzeichen einer Anerkennung als Recht vorausgesetzter Gerichts- oder Verwaltungsgebrauch besteht jedoch zumindest nicht allgemein. Die Rechtsprechung hat nur ganz vereinzelt die VDE-Bestimmungen als Rechtsnorm anerkannt. ²⁾

Eine Anerkennung als Recht ist im Bereich der Elektrotechnik wohl nur bei kleineren Unternehmen, insbesondere bei Installateuren, zu finden. ³⁾ Für eine allgemeine Übung wird man dies jedoch nicht als ausreichend erachten können. Der VDE kann daher auch nicht als öffentlichrechtliche Körperschaft kraft Wohnheitsrechtes angesehen werden. ⁴⁾

Weitgehend anerkannt ist in der Literatur ferner die Möglichkeit, auch privatrechtlichen Organisationen die Befugnis

-
- 1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I S. 137 f; Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 III für gewohnheitsrechtliche Anerkennung von Verhaltensweisen. Dies muß hier entsprechend gelten.
 - 2) OHG Brit. Zone, Urteil v. 9.1.1950 NJW 1950 S. 261, konkludent auch AG Brackenheim, Urteil v. 17.2.1955, LG Aschaffenburg, Urteil v. 12.9.1958 Arbeitsschutz 1960 S. 113, unklar BGHSt, Urteil v. 17.2.1959 Rechtsbeilage 1959 S. 47.
 - 3) Daß der Glaube an die Rechtsverbindlichkeit bei Installateuren allerdings verbreitet ist, zeigen u.a. die Leserbriefanfragen an die Fachzeitschrift "Der Elektromeister" (z.B. 1965 S. 176 ff), in denen häufig die Frage gestellt wird, ob die Nichtbeachtung von VDE-Bestimmungen u.U. nicht doch erlaubt sein könnte.
 - 4) So im Ergebnis: Hammer, GWF 1964 S. 109 ff (110) u. MDR 1966 S. 977 ff (978); Herschel, NJW 1968 S. 617 ff (622); Lukes, Aspekte S. 23; Schäfer, Regeln S. 118.

zum Erlaß öffentlichrechtlicher Satzungen zu übertragen. ¹⁾

Dieses Verfahren unterliegt nicht den gleichen Bedenken wie der Erlaß von Rechtsverordnungen durch Private, da formell Art. 80 Abs. I GG hier nicht anwendbar ist, zum anderen die Satzungsgewalt auf die Mitglieder bzw. den Aufgabenkreis der Organisation beschränkt ist. Da eine öffentlichrechtliche Satzungsgewalt bei privaten Vereinen aber eine Ausnahme darstellt, ist hier eine ausdrückliche Verleihung der Befugnis zum Erlaß öffentlichrechtlicher Satzungen erforderlich.

In § 1 Abs. II 2. DVO zum EnWG findet sich zwar eine gewisse staatliche Anerkennung der VDE-Bestimmungen. Diese bezieht sich jedoch nicht auf eine Anerkennung als Rechtsnormen, sondern auf eine Anerkennung als Regeln der Technik. Regeln der Technik sind jedoch von Rechtsnormen qualitativ verschieden. ²⁾

Als Ergebnis ist danach festzuhalten, daß dem VDE keine Befugnis zum Erlaß von Rechtsnormen zusteht.

2.1.1.2. Rechtliche Anerkennung der Bestimmungen

Eine Rechtsnormqualität einzelner oder aller VDE-Bestimmungen könnte sich aufgrund einer rechtlichen Anerkennung dieser Bestimmungen ergeben.

-
- 1) Grundsätzlich bejahend: Krüger, Staatslehre S. 492; Klein, Übertragung S. 109; Nickusch, Normativfunktion S. 139; Dörge, Verband S. 13; BGH Urteil v. 9.12.1964 VersR 1965 S. 849 ff (850) unter Berufung auf KG Beschluß v. 9.6.1921 KGJ 53 S. 203 ff (204); aa: Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 136 ff; Hamann, Satzungen S. 28; von Turegg-Kraus, Verwaltungsrecht S. 70 mwN; für einen erweiterten Autonomiebegriff vgl. die Autonomie der Tarifvertragsparteien §§ 1 Abs. I, 3 Abs. II, 4 Abs. I Tarifvertragsgesetz und Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S. 105; Ramm, JZ 1962 S. 78 ff (79).
 - 2) Ebenso Nickusch, Normativfunktion S. 200; Wolff, RWP 8 WiR Teil D (704) S. 37 ff (41).

2.1.1.2.1. Aufnahme in Rechtsvorschriften

Eine außenstehende Norm kann durch Aufnahme in eine Rechtsvorschrift Bestandteil dieser Vorschrift werden und dann an deren Charakter als Rechtsnorm teilnehmen.

Damit wird die aufgenommene Norm jedoch nicht selbst zu einer Rechtsnorm; die Rechtsfolgen ergeben sich weiterhin nur aus der aufnehmenden, nicht aber aus der aufgenommenen Norm. Aus den zahlreichen gesetzlichen Verweisungen auf VDE-Bestimmungen läßt sich daher ihr Rechtsnormcharakter nicht begründen. ¹⁾

2.1.1.2.2. Allgemeinverbindlicherklärung

Unter einer Allgemeinverbindlicherklärung im Bereich der Technik wird man im Anschluß an diesen Begriff im Tarifvertragsrecht eine staatliche Anordnung verstehen müssen, die die Anwendung des Inhalts von Regeln der Technik, die durch Fachverbände kodifiziert sind, allgemein vorschreibt. ^{2) 3)} Dadurch werden die verbindlich erklärten technischen Regeln selbst zu Rechtsnormen. ⁴⁾

Da § 1 Abs. II der 2. DVO zum EnWG die Anwendung der VDE-Bestimmungen gerade nicht vorschreibt, kann sich daraus keine Allgemeinverbindlicherklärung ergeben.

-
- 1) AA Hammer, GWF 1964 S. 109 ff (110 f); Mang-Simon, Art. 3 Rdz. 47 unter Verknennung des BVerwG Urteil v. 29.8.1961 NJW 1962 S. 506; wie hier Englisch, Einführung S. 78; Hereth, NJW 1963 S. 1489 ff (1490); Jesch, AöR 82 (1957) S. 162 ff (178 Anm. 62); Lukes, Tragweite S. 5; Nickusch, NJW 1967 S. 811 ff (811).
 - 2) Vgl. Herschel, NJW 1968 S. 617 ff (622); Schäfer, Regeln S. 114; zum Arbeitsrecht vgl. Herschel, Rechtsnatur S. 125.
 - 3) Ob die Verbindlicherklärung dabei als Rechtsverordnung oder als Verwaltungsakt einzuordnen ist, mag hier dahinstehen, vgl. zur Streitfrage Nickusch, Normativfunktion S. 161 Fn. 3.
 - 4) Hammer, GWF 1964 S. 109 ff (110), MDR 1966 S. 977 ff (978); Herschel, NJW 1968 S. 617 ff (622); Schäfer, Regeln S. 155 f; Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 XI; aa Zemlin, DIN-Mitteilungen 1951 S. 161 ff (161); entgegen dessen Auffassung ist aber für die Einordnung des Rechtscharakters einer Norm nicht der Gegenstand des Bezuges entscheidend; daß DIN-Normen selbst daher keine rechtlichen Regelungen enthalten (was im übrigen gar nicht zutrifft), spricht nicht gegen eine verliehene Rechtsnormqualität.

Aufgrund der Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes ¹⁾ wurde am 8.9.1939 eine Verordnung über die verbindliche Einführung von Normen, Geschäfts- und Lieferbedingungen erlassen. ²⁾

Diese Verordnung betraf für den Bereich der technischen Regeln aufgrund der damals üblichen Unterscheidung von Normen und VDE-Bestimmungen in erster Linie die DIN-Normen. Bis 1945 sollen von den vorhandenen 8.000 DIN-Normblättern etwa 2.000 für verbindlich erklärt worden sein. ³⁾ Für den Bereich der Elektrotechnik wurden 48 DIN-VDE-Normen, jedoch keine VDE-Bestimmungen für verbindlich erklärt. ⁴⁾

Diese Ermächtigung ist jedoch heute als ungültig ⁵⁾ und die aufgrund dieser Ermächtigung erfolgten Allgemeinverbindlicherklärungen als erloschen anzusehen. ⁶⁾

1) RGBl. I 1936 S. 887, verlängert durch Erlaß v. 18.10.1940; RGBl. I S. 1395 und den 2. Erlaß v. 20.9.1944; RGBl. I S. 211.

2) RGBl. I 1939 S. 1745.

3) Hammer, GWF 1964 S. 109 ff (113).

4) Vgl. Böhlau, Elektrizitätswirtschaft 1940 S. 469, Bekanntmachung des VDE über die Verbindlicherklärung, ETZ 1940 S. 1063. Auf diese Normen nimmt wohl VDE 0022/1.64 Ziff. 3.1. Bezug, wonach einzelne VDE-Bestimmungen für verbindlich erklärt wurden. Da selbst die Verbindlicherklärung der DIN-VDE-Normen im Reichswirtschaftsministerialblatt und in der Zeitschrift Elektrizitätswirtschaft (1940 - 1945) angekündigt wurden, sich darin aber kein Hinweis auf die Verbindlicherklärung einer VDE-Bestimmung ergibt, wird man annehmen müssen, daß sich die Verordnung nur auf Normen (nicht Bestimmungen) erstreckte. Dafür spricht auch, daß der Reichswirtschaftsminister am 24.6.1944 seine Befugnis, Normen für verbindlich zu erklären, auf den Vorsitzenden der Kommission für Normung und Typung übertrug, der dem Präsidenten des DNA zustand, vgl. Frommhold, Baunormung S. 29.

5) Esser, GWF 1958 S. 1022 ff (1023); Maunz, Verwaltung S. 6; Nickusch S. 46 Fn. 2; aA Frommhold, Baunormung S. 29.

6) Vgl. Art. X § 10 Abs. II Nr. 10 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 23.10.1956 BGBl. I S. 1018.

Eine neue Regelung zur Allgemeinverbindlicherklärung besteht nicht und ist wohl auch nicht ins Auge gefaßt.

Eine Rechtsnormqualität von VDE-Bestimmungen läßt sich daher auch nicht aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung herleiten.

2.1.1.2.3. Gewohnheitsrecht

Als Quelle von Rechtssätzen ist Gewohnheitsrecht heute allgemein anerkannt. Es entsteht, wenn ein bestimmtes Verhalten, ohne ausdrücklich hoheitlich geboten zu sein, von den Beteiligten lange Zeit hindurch gleichmäßig und allgemein geübt wird und dies in der Überzeugung rechtlicher Gebotenheit erfolgt. ¹⁾

Im Hinblick auf die häufige Überarbeitung einzelner VDE-Vorschriften kommt in diesen Fällen Gewohnheitsrecht schon aufgrund der kurzen Geltungsdauer nicht in Betracht. ²⁾ Da die Abänderungen aber häufig nur geringfügige Teile einer Vorschrift betreffen, während die übrigen Regelungen fortbestehen, es außerdem noch einige völlig unveränderte Bestimmungen aus den 30er Jahren gibt ³⁾, wird man in vielen Fällen eine lange und wohl auch allgemeine Übung des in diesen Vorschriften gebotenen Verhaltens annehmen müssen.

Die in Elektrikerkreisen vorhandene Vorstellung von einer Rechtsverbindlichkeit wird sich jedoch zumeist nicht auf das gebotene Verhalten beziehen, sondern seinen Ursprung darin ha-

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I S. 137 ff; Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 III mWN.

2) Vgl. BVerwG Urteil v. 26.5.1959 BVerwGE 8 S. 317 ff (322), das einen Zeitraum von 20 Jahren als nicht ausreichend ansah.

3) Z.B. VDE o125/1932 "Elektrische Anlagen bei der Ausführung von Bauten", VDE o201/1934 "Vorschriften für Kupfer", VDE o240/1926 "Errichtung von Fahrleitungen" uam; das (neuere) Erscheinungsdatum einzelner VDE-Bestimmungen besagt dabei im Einzelfall noch nichts gegen eine lang andauernde Übung, da auch bei geringfügigen Detailänderungen ein neues Erscheinungsdatum angegeben wird.

ben, daß diese Bestimmungen vom VDE erlassen wurden. ¹⁾ Eine Anerkennung der VDE-Bestimmungen als Rechtsnormen kraft Gewohnheitsrechts ist daher nicht anzunehmen. ²⁾

2.1.2. Gesetzliche Verweisungen

Eine unmittelbare Rechtserheblichkeit können VDE-Bestimmungen auch durch Aufnahme in Tatbestandsvoraussetzungen von Rechtsnormen erlangen. Anstatt bestimmte Gegenstandsbeschaffenheiten oder Verhaltensweisen in einer Rechtsnorm detailliert zu beschreiben, bietet sich die Möglichkeit an, auf die einschlägigen VDE-Bestimmungen zu verweisen. Der Tatbestand der Rechtsnorm wird dann in der "Kurzform der technischen Sprache" ausgedrückt. ³⁾

Gesetzliche Bezugnahmen auf VDE-Bestimmungen finden sich in zahlreichen, meist vorkonstitutionellen Rechtsvorschriften.

Eine generelle Verweisung auf alle jeweils gültigen VDE-Bestimmungen enthält Abschnitt V Ziff. 1 der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen. ⁴⁾

Diese Bedingungen gelten jedenfalls nach höchstichterlicher Rechtsprechung als allgemein verbindliche Rechtsnormen (Rechts-

1) Diese Vorstellung wird in elektrotechnischen Fachzeitschriften wohlwollend gepflegt, vgl. Wanser (Direktor bei Kabelmetal), Elektrizitätswirtschaft 1966 Heft 13 S. 3: "Kunststoffleitungen ... waren bei fast allen Herstellern zu sehen, nachdem dies nach Inkrafttreten der VDE-Vorschrift 0125/12.65 verbindlich festgelegt ist und eine Umstellung innerhalb der nächsten 3 Jahre vorgenommen werden muß".

2) Vgl. oben S. 20 f; im Ergebnis ebenso Hammer, GWF 1964 S. 109 ff (110); Herschel, NJW 1968 S. 617 ff (622); Schäfer, Regeln S. 118; Lukes, Aspekte S. 23.

3) Lukes, Tragweite S. 5.

4) Allgemein verbindlich erklärt am 27.1.1942 RAnz 1942 Nr. 39 und Nr. 46, abgedruckt bei Eiser-Riederer S. IV 1 ff.

verordnung) fort. 1)

Für den Inhalt eines Stromabnehmervertrages ist danach vorgeschrieben, daß für eine Energieverbrauchsanlage nur Materialien und Geräte verwendet werden dürfen, die den VDE-Bestimmungen entsprechen. Auch die Installation muß nach den VDE-Vorschriften ausgeführt und unterhalten werden. 2)

Besonders häufig finden sich Verweisungen auf einzelne, jeweils gültige VDE-Bestimmungen in den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften. 3)

Die Unfallverhütungsvorschriften werden gemäß § 708 RVO von den Berufsgenossenschaften erlassen, denen nach § 858 RVO alle Unternehmen angehören, deren Betrieb zu dem der betreffenden Genossenschaft entsprechenden Gewerbezug gehört. Die Unfallverhütungsvorschriften sind nach § 708 RVO für die Mitglieder und die Versicherten rechtsverbindlich.

Verweisungen auf einzelne, jeweils gültige VDE-Bestimmungen enthalten zahlreiche polizeiliche Rechtsvorschriften für die

-
- 1) Vorlagebeschluß des BGH v. 6.10.1952 Rechtsbeilage 1953 S. 80; Urteil des BGH v. 29.9.1952 Energiewirtsch.Tagesfragen 1952/53 S. 216; BGH Urteil v. 25.5.1954 Rechtsbeilage 1954 S. 66; vgl. auch Eiser-Riederer S. VI 3; zweifelnd bezüglich der Fortgeltung Lukes, Tragweite S. 7; für eine Fortgeltung mit "normativem Charakter allgemeiner Geschäftsbedingungen" KG Urteil v. 22.10.1949 SJZ 1950 S. 666; Art der Fortgeltung offengelassen: BKA Brief v. 4.4.1966 an den Zentralverband des Deutschen Elektrohandwerks B - 3 - 721213 A 81/66; die Rechtsverbindlichkeit erstreckt sich aber nur auf allgemeine Versorgungsverträge.
 - 2) Ferner ist die Beachtung der bes. Vorschriften der EVU, insbesondere der Technischen Anschlußbestimmungen vorgeschrieben, die früher (vgl. Eiser-Riederer S. IV 42 c ff) ihrerseits auf die VDE-Bestimmungen verwiesen. Die Neufassung 1966 verzichtet auf diese Verweisung, da VDE-Bestimmungen aufgrund der AVB unmittelbar gelten (vgl. Simon-Butze, Elektrizitätswirtschaft 1966 S. 683 ff).
 - 3) Zur früheren Rechtslage vgl. ausführlich Rumpf, Elektrizitätswirtschaft 1931 S. 365 ff. Auch heute verweisen im Anschluß an § 9 der Vorschriften der Berufsgenossenschaften (VBG) 4 "Elektrische Anlagen und Betriebsmittel" 1962 alle einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften auf VDE-Bestimmungen, vgl. auch Herhahn, Elektrotechnik 1965 S. 540 ff.

verschiedensten Sachgebiete. ¹⁾

Diese "Arbeitsteilung" zwischen dem Gesetzgeber kommt jedoch mit dem in Art. 20 Abs. III und Art. 28 Abs. I GG normierten Rechtsstaatprinzip unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung sowie der Messbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlicher Machtausübung in Konflikt. ²⁾

Das Gewaltenteilungsprinzip beinhaltet nicht nur das Verbot von Übergriffen in Aufgabebereiche anderer Hoheitsträger, sondern auch das Verbot freiwilliger Preisgaben typischer Funktionen der Gewaltträger. ³⁾ Durch die Zuweisung der Gesetzgebung an bestimmte gesetzgebende Organe (im weitesten Sinne) ergibt sich, daß Vorschriften, die sich um den eigentlichen Gesetzesbefehl drücken und die Verantwortung verlagern, gegen diesen Grundsatz verstoßen. ⁴⁾ Die Grenze für die Verlagerung von Kompetenzen ergibt sich aus der engen Ausnahmenvorschrift des Art. 80 GG. ⁵⁾

Soweit auf die jeweils geltenden VDE-Bestimmungen verwiesen wird, kann sich der Gesetzgeber noch gar keine Vorstellung vom Inhalt der künftigen, relativ häufig abgeänderten Vorschriften machen. Das gilt in verstärktem Maße für generelle Verweisungen auf das gesamte Regelwerk; die Vielfalt der auf 4.700 Seiten getroffenen Anordnungen des VDE läßt eine konkrete Vorstellung

1) Polizeiverordnung über die elektrischen Betriebsmittel in explosionsgefährdeten Räumen v. 13.10.1943, RGBL. I S. 570, bezüglich des Explosionsschutzes, ersetzt durch die Verordnung in explosionsgefährdeten Räumen v. 25.8.1963 BGBl. I S. 697 idF der 1. Änderungsverordnung BGBl. I 1965 S. 1029 (die nur noch auf die Allgemeinregeln der Technik verweist), vgl. ferner die zahlreichen Nachweise auf frühere, weitergeltende Polizeiverordnungen bei Landmann-Rohmer, § 24 Rdz. 84; zu den bergpolizeilichen Verordnungen vgl. Eiser-Riederer, S. I 294 a. Die neueren Verordnungen verweisen meist nur auf die anerkannten Regeln der Technik, vgl. § 6 der Polizei-VO über die Beleuchtung und die elektrischen Anlagen vom 8.11.1962.

2) Maunz-Dürig, Art. 20 Rdz. 82 ff.

3) Maunz-Dürig aaO mwN; Ossenbühl, DVBl. 1967 S. 401 ff (404).

4) Maunz-Dürig aaO; Urteil v. 30.5.1956 BVerfGE 5 S. 25 ff (31); Beschluß v. 12.11.1958 BVerfGE 8 S. 274 ff (302); Entscheidung v. 8.6.1951 Bayer.VerfGH nF 4 II S. 90 ff (103, 106).

5) Vgl. oben S. 17.

des Gesetzgebers von den im Einzelfall getroffenen Regelungen als nicht mehr möglich erscheinen. In diesen Fällen wird die Verantwortung auf ein außenstehendes Gremium verlagert. Damit gibt der Gesetzgeber den Regelungsgegenstand aus der Hand und verstößt somit gegen das Gewaltenteilungsprinzip.¹⁾

Der Grundsatz der Vorausberechenbarkeit staatlicher Machtausübung bedeutet, daß die Rechtsvorschriften dem Rechtsunterworfenen ohne Zuhilfenahme spezieller Kenntnisse klar erkennen lassen, was rechtens sein soll. Bei der Bezugnahme auf außenstehende Vorschriften, die nicht wörtlich in den Text der betreffenden Rechtsnorm aufgenommen bzw. als Anlage mit ihr verkündet werden, ist besonders darauf zu achten, daß in der ergänzten Rechtsnorm die ergänzende Anordnung hinreichend bestimmt bezeichnet und die Verlautbarung der ergänzenden Anordnung für den Betroffenen zugänglich und ihrer Art nach für amtliche Anordnungen geeignet ist.²⁾

Je umfangreicher die einbezogenen außerrechtlichen Vorschriften sind, desto unüberschaubarer wird es für den Rechtsunterworfenen, welches Verhalten im Einzelfall rechtlich geboten ist. Eine generelle Bezugnahme auf alle 255 VDE-Bestimmungen erscheint daher schon aus diesem Gesichtspunkt als unzulässig. Dies gilt umso mehr, als VDE-Bestimmungen nicht den genauen

1) Im Ergebnis ebenso: Bullinger, Selbstermächtigung S. 21; Nickusch, NJW 1967 S. 811 ff (812); Ossenbühl, DVBl. 1967 S. 401 ff (404); Wolff, RWP 8 WiR Teil D (704) S. 37 ff (43). Wenn Herschel, NJW 1968 S. 617 ff (621) anscheinend jede Verweisung unter Hinweis auf die Zulässigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen für möglich erachtet, so ist dem entgegenzuhalten, daß eine Inhaltsbestimmung derartiger Rechtsbegriffe, ähnlich wie beim Gewohnheitsrecht durch die breite allgemeine Beteiligung der betroffenen Bevölkerungskreise erfolgt, dies bei einer Festlegung durch eine private Organisation nicht gewährleistet wird.

2) BVerwG Urteil v. 29.8.1961 NJW 1962 S. 506; BVerwG Urteil v. 28.11.1963 NJW 1964 S. 512; Bayer. VerfGH Entscheidung v. 8.6.1951 nF 4 II S. 90 ff (103, 106); VGH Kassel Urteil v. 27.4.1951 VerwRspr. 4 S. 540 ff (542); Preuss.OVG Urteil v. 7.12.1939 E 105 S. 138 ff (140); KG Urteil v. 8.12.1904 KGJ 28 C 33; vgl. auch Ossenbühl, DVBl. 1967 S. 401 ff (405).

Beginn ihrer jeweiligen Gültigkeit erkennen lassen. ¹⁾

Soweit auf konkrete VDE-Bestimmungen verwiesen wird, bleiben noch Bedenken hinsichtlich der Verkündung der verweisenden Rechtsvorschrift. ²⁾ Zwar wird man VDE-Vorschriften als allgemein zugänglich bezeichnen können, da sie von jedermann ohne das übliche Maß übersteigende Kosten beim VDE-Verlag bezogen werden können, jedoch sind die in einem privaten Verlag nur bei Bedarf erscheinenden Druckschriften ihrer Art nach nicht für amtliche Bekanntmachungen geeignet. ³⁾

Die Vorschriften, deren Tatbestandsmerkmale nur durch einzelne oder alle VDE-Bestimmungen konkretisiert sind, wird man daher als verfassungswidrig ansehen müssen.

2.2. Mittelbare Rechtserheblichkeit

In vielen Fällen ergibt sich die Verpflichtung zur Beachtung einzelner oder aller VDE-Bestimmungen nicht unmittelbar aus Rechtsvorschriften, sondern erst durch die Verknüpfung mit besonderen Umständen. ⁴⁾ Die Rechtserheblichkeit ergibt sich dann entweder durch rechtserhebliche Handlungen, die die VDE-Bestimmungen ausdrücklich einbeziehen, häufig jedoch durch generelle Bezugnahme auf die anerkannten Regeln der Technik. Für den Bereich der Elektrotechnik wird man dann eine einfache Vermutung ⁵⁾ für die Identität der VDE-Bestimmungen mit den

-
- 1) Frühere VDE-Bestimmungen ließen sogar nur das Jahr des Gültigkeitsbeginns erkennen (vgl. z.B. o2o1/1934), während die neueren Bestimmungen eine Monatsangabe (wohl des Gültigkeitsbeginns) enthalten.
 - 2) Vgl. Ossenbühl, DVBl. 1967 S. 4o1 ff (4o6).
 - 3) Nickusch, NJW 1967 S. 811 ff (812); KG Urteil v. 8.12. 19o4 KGJ 28 C 33.
 - 4) Lukes, Tragweite S. 7 ff.
 - 5) Für eine unwiderlegliche Vermutung, daß bei Einhaltung der VDE-Bestimmungen die anerkannten Regeln der Elektrotechnik beachtet wurden: Schäfer, Regeln S. 8o ff (82). Die angeblich tiefere Sachkenntnis der VDE-Kommissionsmitglieder rechtfertigt jedoch keine unwiderlegliche Vermutung, vgl. AG Rendsburg Urteil v. 22.11.1955 Rechtsbeilage 1956 S. 5o. Für eine einfache Vermutung: Lukes, Bedeutung S. 11; Sachs, Elektrizitätswirtschaft S. 582 ff; Tegethoff, Elektrotechnik 1959 S. 112 ff (112); Wolff, RWP 8 WiR Teil D 7o4 S. 37 ff (46); Erlaß des RWiM v. 11.12.1937, Elektrizitätswirtschaft 1938 S. 7o; Erlaß des BWiM v. 26.3.1953, abgedr. Eiser-Riederer S. I 298 a.

anerkannten Regeln der Technik annehmen können. Bei Einhaltung (Nichteinhaltung) der VDE-Bestimmungen wird also widerlegbar vermutet, daß die anerkannten Regeln der Elektrotechnik eingehalten (nicht eingehalten) sind. ¹⁾

2.2.1. Öffentliches Recht

Im Bereich des öffentlichen Rechts ist besonders § 1 Abs. I der 2. Durchführungsverordnung zum Energiewirtschaftsgesetz vom 31.8.1937 ²⁾ von Bedeutung, wonach elektrische Energieanlagen und Verbrauchsgeräte ordnungsgemäß, d.h. nach den anerkannten Regeln der Elektrotechnik einzurichten und zu unterhalten sind. ³⁾

Für die Errichtung, Änderung und Instandhaltung von baulichen Anlagen fordern die einzelnen ländergesetzlichen Bauordnungen die Einhaltung der allgemeinen Regeln der Baukunst. ⁴⁾

1) Dazu ausführlich: Lukes, Bedeutung S. 11 ff.

2) RGBl. I 1937 S. 918 idF der Verordnung v. 17.7.1942 RGBl. I S. 468. Gegen die Fortgeltung als Bundesrecht nach Art. 74 Nr. 11, 125 GG bestehen nur insofern Bedenken, als mit dem Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Technik ein unbestimmter Rechtsbegriff verwendet wird. Für eine Verfassungswidrigkeit daher Nickusch, NJW 1967 S. 811 ff (812); Hammer, MDR 1966 S. 977 ff (979) allgemein. Da es sich hierbei nicht speziell um eine die VDE-Bestimmungen betreffende Problematik handelt, muß dieser Komplex hier dahingestellt bleiben.

3) § 1 Abs. I bezieht sich, wie dem Wortlaut zu entnehmen ist, nicht auf die Fabrikation oder den Verkauf, vgl. Eiser-Riederer S. I 297. Aufgrund des § 13 Abs. II EnWG kann die Aufsichtsbehörde die Überprüfung der Anlage auf Kosten des Betreibenden vornehmen und die Mängelbeseitigung anordnen, vgl. Eiser-Riederer S. I 296. Auch die regelmäßige Überwachung der elektrischen Installationsanlagen in landwirtschaftlichen Betrieben und ländlichen Anwesen durch die Arbeitsgemeinschaften auf dem Lande (ARBEG) erfolgt auf der Grundlage der VDE-Bestimmungen, dazu ausführlich: Eiser-Riederer S. I 301 ff.

4) So z.B. § 3 Abs. I S. 2 BauONRW v. 25.6.1962, GVNW S. 373. Die anderen Länder haben entsprechende Formulierungen aufgenommen.

Dazu zählen auch die Regeln, die dazu dienen, die Bauten benutzbar, d.h. ohne Gefährdung von Personen zu gestalten. Für die Installation elektrischer Anlagen sind daher die anerkannten Regeln der Elektrotechnik einzuhalten. ¹⁾

In § 3 Abs. I des Gesetzes über technische Arbeitsmittel (Maschinenschutzgesetz) ²⁾ ist bestimmt, daß grundsätzlich nur solche technische Arbeitsmittel in den Verkehr gebracht oder angestellt werden dürfen, die den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. ³⁾

Die einschlägigen neueren Polizeivorschriften verweisen auf die allgemeinen Regeln der Technik. ⁴⁾ Mittelbare Rechtserheblichkeit erlangen VDE-Bestimmungen ferner durch die Bezugnahme in Verwaltungsverordnungen ⁵⁾ und öffentlichrechtlichen Ver-

1) Gädtke, § 3 BauONRW Anm. 3; Mang-Simon Art. 3 Bayer.BauO Anm. 48 ff.

2) Gesetz v. 24.6.1968 BGBl. I S. 717.

3) Vgl. hierzu ausführlich Lukes, JuS 1968 S. 345 ff (349 f).

4) Verordnung über elektrische Anlagen in explosionsgefährdeten Räumen v. 5.8.1963 BGBl. I S. 697 idF der Verordnung v. 25.8.1965 BGBl. I S. 1029; Verordnung über elektrische Anlagen in Versammlungsstätten v. 3.4.1963, GV Berlin S. 422; ferner die auf der Preuss. Polizeiverordnung über die Anlage und Errichtung von Lichtspieltheatern und über Sicherheitsvorschriften für Lichtspielvorführungen v. 18.3.1937 Pr.GS. S. 41 fußende Verordnung v. 11.3.1938 Bayer.BS I S. 363 idF der Verordnung v. 21.1.1959, GVBl. S. 55 und der Verordnung v. 19.11.1960, GVBl. S. 274; ferner Verordnung über Feuer-schutz bei theatralischen Vorführungen bei der Schaustellung von Personen v. 29.8.1927, Bay.BS I S. 344 idF der Verordnung v. 13.5.1960, GVBl. S. 83 und der Verordnung v. 3.1.1961, GVBl. S. 31; Verordnung über die Beleuchtung und die elektrischen Anlagen in Versammlungsstätten, GVBl.Schl.-Holstein S. 381 (§ 6) uam.

5) So hat z.B. der preussische Minister für Volkswohlfahrt allen in Betracht kommenden Behörden im Rahmen der baupolizeilichen Bestimmungen die Einhaltung der Vorschriften über Starkstrom-freileitungen VDE 0210 auferlegt, ETZ 1931 S. 304; der Reichs-arbeitsminister forderte in Erlassen v. 20.9. und 28.10.1939 die Beachtung dieser Vorschriften bei den Behörden des ganzen Reiches, ETZ S. 1195 und S. 1355.

trägen, insbesondere beim Zusammentreffen von Energieversorgungsleitungen mit öffentlichen Wegen ¹⁾, Eisenbahnen ²⁾, öffentlichen Gewässern ³⁾ sowie Fernmeldeeinrichtungen. ⁴⁾

2.2.2. Zivilrecht

Im Zivilrecht gewinnen VDE-Bestimmungen Bedeutung für die Ausgestaltung von Verträgen sowie in haftungsrechtlichen Bestimmungen. Zur vertraglichen Inhaltsbestimmung von Gegenstandsbeschaffenheiten oder Verhaltensweisen wird auf VDE-Bestimmungen Bezug genommen.

Anhaltspunkte für eine häufige Einbeziehung von VDE-Bestimmungen bietet die Übereinkunft zur Förderung VDE-gemäßer elektrotechnischer Erzeugnisse und Installationen. Darin verpflichteten sich der Zentralverband der Elektrotechnischen Industrie, der Bundesinnungsverband des Elektrohandwerks und sämtliche Groß- und Einzelhandelsverbände, ihren Mitgliedern zu empfehlen, nur noch elektrotechnische Erzeugnisse herzustellen, zu handeln oder zu verwenden, die den geltenden VDE-Bestimmungen entsprechen. ⁵⁾

Dementsprechend bestimmen z.B. die Allgemeinen Lieferbedingungen der elektrotechnischen Industrie in Ziffer VII 7, daß für alle Lieferungen und Leistungen die VDE-Bestimmungen

-
- 1) § 14 der Richtlinien über die Kreuzung der Reichsautobahnen mit Elektrizitätsanlagen v. 30.9.1938, vgl. Eiser-Riederer S. V 22 ff.
 - 2) Vereinbarung zwischen der Deutschen Bundesbahn und der VDEW v. 15.10.1956, Eiser-Riederer S. V 51 a ff.
 - 3) Wasserkreuzungsvorschriften für fremde Starkstromanlagen v. 13.1.1952, Eiser-Riederer S. V 86 a ff.
 - 4) Gefahrstellenvereinbarung DBP/VDEW Okt. 1954, Eiser-Riederer S. VI 32 a ff.
 - 5) Übereinkunft v. 24.2.1955, Bundesanzeiger 1955 Nr. 160 S. 3, Teilnehmer: VDEW, ZVEI, Bundesverband des Elektrogroßhandels, Verband Deutscher Rundfunk- und Fernsehfachgroßhändler, Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels, Arbeitsgemeinschaft des Beleuchtungs- und Elektroeinzelhandels, Hauptberatungsstelle für Elektrizitätsanwendung und die oben Genannten.

gelten. 1)

Aufnahme in Verträge über Bauarbeiten jeder Art finden die VDE-Bestimmungen über die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB). Die VOB, entstanden aus dem Bedürfnis, einheitliche Grundsätze für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen der öffentlichen Hand zu schaffen, werden heute in Verträgen für Bauvorhaben der Behörden regelmäßig, bei privaten Auftraggebern vielfach vereinbart. 2) Teil B der VOB § 4 Ziff. 2 bestimmt, daß die Vertragsleistung unter Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik, also auch der VDE-Bestimmungen, zu erfolgen hat.

Zwischen den Verbänden der Elektrizitätsversorgung und des Elektrohandwerks besteht eine Vereinbarung vom 24.6.1966, die allen Energieversorgungsunternehmen die Einhaltung gewisser Grundsätze empfiehlt. In Ziffer 4.3.1. dieser Grundsätze wird dem Installateur die Einhaltung der AVB und damit auch der VDE-Bestimmungen zur Pflicht gemacht. 3) Die von den Elektroinstallateuren abgeschlossenen Verträge sollen danach unter Beachtung der VDE-Bestimmungen abgeschlossen werden.

Auch bei der Abwicklung von Vertragsverhältnissen können VDE-Bestimmungen von Bedeutung sein.

So wird die Übereinstimmung der Ausführung eines elektrotechnischen Objekts mit den VDE-Bestimmungen in der Regel eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB

-
- 1) Vgl. Trute, Lieferbedingungen S. 73; die Verkaufskataloge 1968 für Kabel und isolierte Leitungen v. Siemens, Kabelmetal, Felten & Guillaume verweisen z.B. allgemein auf diese Bedingungen. Auch die AGB der Großkaufhäuser (z.B. Quelle) verweisen auf die VDE-Vorschriften.
 - 2) Ingenstau-Korbion, VOB, Einl.Rdz. 7; Verweisungen auf die VDE-Vorschriften enthalten auch die "Vorläufigen Richtlinien des Bundesfinanzministers für die Durchführung von Bundesbauvorhaben im Hochbau" 15.8.1955 Rechtsbeilage 1955 S. 84.
 - 3) Frühere Vereinbarung abgedruckt bei Eiser-Riederer S. XI 7 ff, zur heutigen Regelung vgl. Butze-Rain, Elektrizitätswirtschaft 1967 S. 3 ff.

sein, deren Fehlen zu einer Anfechtung des Vertrages berechtigen kann. ¹⁾

Da die VDE-Bestimmungen die jeweils technisch richtige Ausführung im Hinblick auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit elektrischer Anlagen und Verbrauchsgeräte festlegen, kann eine Abweichung die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern und damit Gewährleistungsansprüche nach § 459 ff bzw. § 633 ff BGB nach sich ziehen. Dies gilt vor allem dann, wenn dem Käufer bzw. Besteller die Verwendung von Gegenständen, die den VDE-Vorschriften entsprechen, aufgrund von Rechtsnormen, etwa der UVV oder der AVB vorgeschrieben ist. ²⁾

Weitgehende Bedeutung gewinnen die VDE-Vorschriften für haftungsrechtliche Bestimmungen, insbesondere §§ 823, 836 BGB und § 1 a Reichshaftpflichtgesetz.

Bei Eintritt eines Schadens können die VDE-Bestimmungen für die Kausalität und das Verschulden Anhaltspunkte bieten.

Nach der im Zivilrecht herrschenden Adäquanztheorie ist eine Handlung für den Eintritt eines Schadens dann ursächlich, wenn die Tatsache im allgemeinen oder erfahrungsgemäß geeignet ist, einen derartigen Erfolg herbeizuführen. ³⁾ Im Bereich der Technik wird man einen allgemeinen (widerleglichen) Erfahrungssatz des Inhalts annehmen müssen, daß ein Verhalten entgegen (entsprechend) den allgemein anerkannten Regeln der Technik (nicht)

1) Dies gilt dann, wenn es dem Vertragspartner erkennbar auf die VDE-Gemäßheit ankam. Bei Endabnehmern wird man das regelmäßig annehmen können, da diese meist nach Abschnitt V Ziff. 1 der AVB nur VDE-gemässe Produkte verwenden dürfen. Den Mitgliedern der Berufsgenossenschaften wird nach § 14 Allg. Unfallverhütungsvorschriften vorgeschrieben, bei der Anschaffung technischer Objekte deren Übereinstimmung mit den UVV, also auch mit den VDE-Bestimmungen, durch vertragliche Verpflichtung des Verkäufers sicherzustellen.

2) Vgl. hierzu ausführlich: Schäfer, Regeln S. 128 ff und oben Fn. 1).

3) Palandt-Danckelmann, Vorb. § 249 Anm. 5 b.

zu einem Schaden führt. ¹⁾ Für die im Zivilrecht ausreichende objektive Fahrlässigkeit enthalten die allgemein anerkannten Regeln der Technik eine Konkretisierung eines pflichtgemässen (den Verkehrserfordernissen entsprechenden) Verhaltens. ²⁾ Für die Identität der so bedeutsamen anerkannten Regeln der Technik gilt dann wiederum eine einfache Vermutung für die Übereinstimmung mit den VDE-Bestimmungen. ³⁾

Bedeutung gewinnen die VDE-Bestimmungen auch im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB. Zwar sind die VDE-Bestimmungen nicht selbst Schutzgesetz im Rahmen dieser Vorschrift ⁴⁾, doch wird man als Schutzgesetz § 3 des Gesetzes über technische Arbeitsmittel ⁵⁾ und wohl auch § 1 Abs. I der 2. Durchführungsverordnung ⁶⁾ zum Energiewirtschaftsgesetz ansehen müssen, die die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik vorschreiben.

-
- 1) Lukes, Bedeutung S. 24; Sachs, Elektrizitätswirtschaft S. 582 ff (587); im Ergebnis ebenso Urteil v. 3.4.1919 RGZ 95 S. 238 ff (240); Urteil v. 28.4.1930 RGZ 128 S. 320 ff (329); BGH Urteil v. 10.11.1954 BB 1955 S. 98.
 - 2) Bei Abweichung von VDE-Bestimmungen ist daher nicht stets Fahrlässigkeit zu bejahen, so aber wohl Halstenberg, Zeitung für kommunale Wirtschaft 1960 Nr. 74 S. 9; Ludwig-Cordt-Stech, Elektrizitätswirtschaft S.82 ; Rumpf, Elektrizitätswirtschaft 1931 S. 365 ff; andererseits ist die Beachtung der VDE-Vorschriften nicht stets für die Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausreichend: RG Urteil v. 11.7.1931 Elektrizitätswirtschaft 1931 S. 536; RG Urteil v. 29.4.1935 JW 1935 S. 2196; RG Urteil v. 14.10.1931 HRR 32 Nr. 444.
 - 3) Vgl. Lukes, Bedeutung S. 24 ff.
 - 4) Dies ergibt sich daraus, daß VDE-Bestimmungen keine Rechtsnormen sind, vgl. oben S. 18 ff, unrichtig daher OGH Brit. Zone Urteil v. 9.1.1950 NJW 1950 S. 261; Bekanntmachung des VDE, BAnz 1954 Nr. 144 S. 11; Zimbauer, Elektrotechnik 1959 S. 374 ff (374); Eiser-Riederer S. XIII 4 Fn. 1.
 - 5) Vgl. hierzu Lukes, JuS 1968 S. 345 ff.
 - 6) Zwar berücksichtigt das Energiewirtschaftsgesetz (RGBL. I 1935 S. 1451) mit seinen DVO in erster Linie die Interessen des Allgemeinwohls. Da § 1 Abs. I 2. DVO aber auch die Beschaffenheit von Energieverbrauchsgeräten vorschreibt, diese aber nur mittelbar der Allgemeinheit dient, wird man annehmen können, daß § 1 Abs. I auch den Schutz des einzelnen bezweckt. Lipps, NJW 1968 S. 279 ff (280); ebenso Eiser-Riederer S. I 294.

2.2.3. Strafrecht

Die noch geltende Bestimmung des § 15 Abs. III Nr. 5 EnWG ¹⁾ sieht eine Strafbarkeit bei Nichtbefolgung der nach § 13 EnWG erlassenen Vorschriften - also insbesondere § 1 Abs. I der 2. Durchführungsverordnung, wonach die allgemein anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind - vor. Strafbar ist auch die Abweichung von den allgemein anerkannten Regeln der Technik im Rahmen der Regeln der Baukunst nach § 330 StGB, sofern daraus für andere eine Gefahr entsteht. Die Regeln der Technik können darüber hinaus bei Unfällen im Rahmen der §§ 230 und 222 StGB für die Kausalität und das Verschulden Bedeutung erlangen. Sofern dabei nach dem im Strafprozeß geltenden Untersuchungsgrundsatz die Übereinstimmung der VDE-Bestimmungen mit den anerkannten Regeln der Technik bewiesen werden kann, gewinnen VDE-Bestimmungen auch im Strafrecht eine gewisse Bedeutung. ²⁾

-
- 1) Der Entwurf 1962 zum StGB (BT-Drucks. IV 650) ersetzt dies durch den Tatbestand der Baugefährdung, § 337 a StGB, der auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik verweist.
 - 2) Bei Nichtbeachtung von VDE-Bestimmungen gelangten zur Verurteilung: LG Hamburg Urteil v. 4.4.1957 Rechtsbeilage 1957 S. 78; BGH Urteil v. 17.2.1959 Rechtsbeilage 1959 S. 47; AG München Urteil v. 25.6.1956 Rechtsbeilage 1956 Nr. 8; vgl. weiter Rechtsbeilage 1957 S. 76, 1958 S. 52, 1959 S. 93.

ZWEITER TEIL

Verbotsnormen des GWB

Die vorangegangene Untersuchung hat den erheblichen Einfluß der VDE-Bestimmungen auf die inhaltliche Gestaltung zahlreicher Rechtsgeschäfte und damit der wirtschaftlichen Handlungen im Bereich der gesamten Elektrotechnik aufgezeigt.

Diese von den VDE-Bestimmungen ausgehenden Marktwirkungen können vom GWB unter zwei Gesichtspunkten erfaßt werden.

Da die Aufstellung der VDE-Bestimmungen von einer Vereinigung erfolgt, deren Zweck "der Zusammenschluß der im Bereich der Elektrotechnik Tätigen und die Hebung des Verantwortungsbeußtseins seiner Mitglieder ist" ¹⁾, kann im Hinblick auf eine Beeinflussung der Mitglieder des VDE ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliegen.

Wenn darüber hinaus wirtschaftliche Verhaltensweisen von Nichtmitgliedern beeinflußt werden, kann der Erlaß von VDE-Bestimmungen mit dem Empfehlungsverbot in Konflikt kommen.

Erster Abschnitt: Kartellverbot

In Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, daß das GWB wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen aufgrund von kollektiven Absprachen verhindern will. Streit besteht jedoch darüber, woraus dieses Verbot herzuleiten ist.

§ 1 GWB verbietet Kartellverträge nicht, sondern erklärt sie lediglich für unwirksam. Daraus ergibt sich ein Indiz, daß das Gesetz dieses rechtsgeschäftliche Handeln mißbilligt und verbietet, sofern nicht die genau bestimmten Ausnahmefälle vor-

1) Satzung des VDE v. 23.3.1950 idF vom 19.5.1961 § 2 Ziff.
1 b, c.

liegen. Der Verbotscharakter des § 1 wird durch § 38 Abs. I Ziff. 1 deutlich gemacht, da das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines Vertrages nach § 1 als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird. Das Kartellverbot ergibt sich daher aus § 1 GWB in Verbindung mit dem Gedanken aus § 38 Abs. I Ziff. 1.¹⁾

1. Grundlegende Vereinbarung zur Aufstellung von VDE-Bestimmungen

Die Ausarbeitung der VDE-Vorschriften ist bei der Gründung des VDE als eine der Hauptaufgaben des Verbandes festgelegt worden.²⁾ Bereits³⁾ diese Vereinbarung kann mit dem Kartellverbot in Konflikt kommen, wenn es sich dabei um einen Vertrag im Sinne des § 1 GWB handelt.⁴⁾

1.1. Vertragsmerkmale nach § 1

Die für § 1 erforderlichen Merkmale des Vertrages im Sinne dieser Vorschrift sind heftig umstritten. Einigkeit besteht nur darüber, daß § 1 GWB grundsätzlich an den zivilrechtlichen Vertragsbegriff anknüpft.

1.1.1. Allgemeine Vertragsmerkmale

Unter einem Vertrag wird im allgemeinen eine auf übereinstimmenden Willenserklärungen beruhende, bindende Abmachung ver-

-
- 1) Für ein Verbot aus § 1: LG Köln Urteil v. 17.4.1958 WuW/E LG/AG S. 81 ff (84); LG Düsseldorf Urteil v. 8.9.1959 WuW/E LG/AG S. 1047 ff (1048); BGH Urteil v. 8.10.1958 "4711" NJW 1958 S. 1868 ff (1869) für § 15; Hoth, WRP 1959 S. 198 ff (210); Leo, AG 1960 S. 32 ff (35) will das Verbot allein aus § 38 I 1 entnehmen. Da § 38 jedoch keinen selbständigen Verbotstatbestand enthält, kann dem nicht gefolgt werden. Wie hier Benisch, WuW 1959 S. 3 ff (6); Huber, Empfehlungsverbot S. 75 f; BGH Beschluß v. 14.1.1960 "Kohlenplatzhandel" WuW/E S. 369 ff (370).
 - 2) § 2 Ziff. 3 a der am 16.5.1949 bei der Gründung vereinbarten Satzung.
 - 3) Nach § 106 Abs. II findet das GWB auch auf die vor seinem Inkrafttreten getroffenen Vereinbarungen Anwendung.
 - 4) Daraus könnten sich bei einer Freistellung nach § 5 Abs. I Befugnisse der Kartellbehörde nach § 12 Abs. II bereits im Hinblick auf den Aufstellungsvorgang der Bestimmungen ergeben.

standen. Nach der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Meinung ist wesensmäßiger Inhalt einer Willenserklärung der sogenannte Rechtsfolgewille. Wenn nach dem Inhalt der Erklärung der erstrebte wirtschaftliche und soziale Erfolg nicht auf rechtllichem Wege erreicht werden soll, so liegt, da der Rechtsfolgewille fehlt, keine Willenserklärung und damit kein Vertrag vor. Versteht man daher den Begriff "Vertrag" im Sinne des § 1 ebenso wie in der übrigen Zivilrechtsordnung, so werden Absprachen mit bloßen gesellschaftlichen, moralischen oder wirtschaftlichen Verpflichtungen (sog. gentlemen agreements) vom Kartellverbot nicht berührt.¹⁾

1.1.2. Gesellschaftliche oder wirtschaftliche Verpflichtungen

Für den Bereich der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit können sich Verpflichtungen zur Durchführung von Kartellmaßnahmen nicht nur aus rechtlichen, sondern in gleicher Intensitätsstufe aus gesellschaftlichen, moralischen oder wirtschaftlichen Gründen ergeben.²⁾ Da Einigkeit darüber besteht, daß der wie auch immer geartete Zweck des GWB auch die Erfassung derartiger Vereinbarungen erfordert, sind in der Literatur zahlreiche Lösungsmöglichkeiten für dieses Problem entwickelt worden.

1) So: Bär, Wirtschaft und Recht 1958 S. 245 ff (259); Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 28; Benisch, B 1957 S. 789 ff; Benkendorff, WRP 1962 S. 313 ff; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung S. 155; Frankf.Komm. § 1 Tz. 7; Hirsch, Kontrolle S. 28; Honold, Agreement S. 72; Huber, Empfehlungsverbot S. 89; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 25; Markert, B 1963 S. 1455 ff; Meyer-Cording, NJW 1953 S. 566 f; Rasch-Westrick, § 1 Rdz. 4; Rinck, Wirtschaftsrecht S. 177 Rdz. 613; Ruge, WuW 1963 S. 698 ff (700); Strickrodt, B 1958 S. 15 ff; Tetzner, Kartellrecht S. 7; Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff; BKA, Brief v. 8./9.2. u. 27./28.3.1962 "Freiwillige Ketten" WuW/E 575 ff.

2) Die Gentlemen Agreements sind zu trennen von sog. Naturalobligationen (§§ 656, 762, 764 BGB), die nicht einklagbare Verbindlichkeiten rechtlicher Natur sind. Zu unterscheiden sind ferner aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, bei denen überhaupt keine Bindung zwischen den Beteiligten gewollt ist, vgl. Art. 85 Abs. I EWGV.

1.1.2.1. Zivilrechtliche Lösungsversuche

Unabhängig vom Kartellrecht bieten sich zur Erfassung von rechtlich unverbindlichen Absprachen als Verträge die Lehre des sozialtypischen, des widersprüchlichen Verhaltens oder der Gesetzesumgehung an.

1.1.2.1.1. Sozialtypisches Verhalten

Die von der hM vertretene Rechtsfolgentheorie, wonach eine Erklärung ohne Rechtsfolgewillen keine Willenserklärung darstellt, wird unabhängig vom Kartellrecht durch die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, den Schuldverhältnissen aus sozialem Kontakt oder sozialtypischem Verhalten eingeschränkt. ¹⁾

Vertragsverhältnisse sollen nach dieser Auffassung nicht nur durch Rechtsgeschäft, d.h. durch eine auf einen Rechtserfolg gerichtete Willenserklärung, sondern auch durch sozialen Kontakt, durch Eingliederung in ein Gemeinschaftsverhältnis oder durch Inanspruchnahme einer Leistung der massentypischen Daseinsvorsorge begründet werden. ²⁾

In der Literatur wurde teilweise versucht, rechtlich unverbindliche Kartellabsprachen nach dieser Lehre unter § 1 zu subsumieren. ³⁾

Die Lehre vom sozialtypischen Verhalten wird jedoch schon im Bereich des BGB zunehmend abgelehnt. Sie sei weder mit dem geltenden Recht vereinbar, noch der Lebensauffassung entsprechend, noch praktisch notwendig. ⁴⁾

1) Vgl. den Überblick bei Larenz, Schuldrecht I § 4 II; Enn-Nipperdey, Lehrbuch § 163 VII.

2) Vgl. Larenz, MDR 1954 S. 515 ff u. DRiZ 1958 S. 245 ff; Urteil v. 14.7.1956 BGHZ 21 S. 319 ff (333); Urteil v. 29.1.1957 BGHZ 23 S. 176 ff (177); Beschluß v. 5.2.1957 BGHZ 23 S. 249 ff (261); Urteil BGH v. 16.12.1964 NJW 1965 S. 387 f (388).

3) Hirsch, Kontrolle S. 28, 46 f; Langen, 3. Aufl. § 1 Anm. II 3.

4) Vgl. Enn-Nipperdey, Lehrbuch § 163 VII 3; Flume, Privatautonomie S. 135 ff u. AcP 161 (1962) S. 52 ff.

Speziell im Hinblick auf Kartellabsprachen ist zu Recht darauf hingewiesen worden, daß Verträge aus sozialtypischem Verhalten für wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Wirtschaftsablauf nicht typisch seien. Zudem wolle bei Verträgen aus sozialtypischem Verhalten einer der Partner, daß ein Vertrag im herkömmlichen Sinne zustandekommt, während dieser Wille bei unverbindlichen Absprachen bei allen Beteiligten fehle.¹⁾

1.1.2.1.2. Widersprüchliches Verhalten

In der Literatur ist der Versuch unternommen worden, bei rechtlich unverbindlichen Kartellabsprachen nach den Grundsätzen der Unbeachtlichkeit gegensätzlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) zu einem Vertrag im Sinne des § 1 zu kommen.²⁾

Das Reichsgericht und die Lehre haben mit diesem Rechtsinstitut Fälle gelöst, in denen ein Beteiligter eine Leistung tatsächlich in Anspruch nimmt und dabei ausdrücklich erklärt, daß seinem Verhalten keine rechtsgeschäftliche Wirkung beigelegt werden soll.³⁾

Wenn die Parteien bewußt eine außerrechtliche Bindung eingehen wollen, um damit die gleiche Wirkung wie mit einer vertraglichen Bindung zu erreichen, so sei darin ein Widerspruch zu ihrem tatsächlichen Verhalten zu sehen, der unbeachtlich sei. Diese Konstruktion, die entgegen dem Willen beider Parteien an deren äußeres Verhalten anknüpft, begegnet einmal den gleichen Bedenken wie die Lehre von den faktischen Verträgen. Zum anderen vermag diese Lehre nicht zu erklären, warum in einem Verhalten beider Vertragsteile aufgrund sozialer Faktoren ein Wider-

1) Bär, Wirtschaft und Recht 1958 S. 245 ff (259); Benisch, B 1959 S. 451 ff (451 f); Ruge, WuW 1963 S. 698 ff (702).

2) Reinhart, Zuwiderhandlung S. 35 ff.

3) Urteil v. 29.5.1925 RGZ 111 S. 310 ff (313); Enn-Nipperdey, Lehrbuch § 163 VII 3 a; Flume, AcP 61 (1962) S. 52 ff (61) mwN.

spruch zu einem Verhalten aufgrund von Rechtsbindungen liegt.¹⁾

1.1.2.1.3. Gesetzesumgehung

Rechtlich unverbindliche Absprachen wurden auch mit dem Begriff der Gesetzesumgehung unter § 1 subsumiert. Danach soll ein Vertrag im Sinne des § 1 auch dann vorliegen, wenn die Beteiligten sich darüber klar sind, daß ihre Absprache nach dem GWB unwirksam ist und sie deshalb von vornherein auf den Abschluß einer solchen (unwirksamen) Vereinbarung verzichten und damit zwar den Rechtszwang ausschließen, aber davon überzeugt sind, daß der Zwang der Konvention und Sitte ausreicht.²⁾

Vom Gedanken der Umgehung her kann diese Auffassung nicht überzeugen. Abgesehen von der Frage, ob man dem GWB ein generelles Umgehungsverbot entnehmen kann, gehört es zum Inhalt des bisherigen zivilrechtlichen Umgehungsbegriffs, daß die Beteiligten rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbrauchen.³⁾ Bei den hier untersuchten Absprachen wollen die Beteiligten zur Erreichung ihrer Zwecke aber gerade keine rechtlichen, sondern außerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten benützen.⁴⁾

Die gleichen Bedenken sprechen auch gegen den Versuch, unverbindliche Absprachen als Scheingeschäft⁵⁾ dennoch unter den Vertragsbegriff im Sinne des § 1 zu subsumieren.⁶⁾ Abgesehen davon, daß man diese Rechtsfolge nur für die bösgläubigen Partner anwenden könnte, wird auch bei einem Scheingeschäft vorausgesetzt, daß die Parteien einen erstrebten Rechtserfolg durch Rechtsgeschäfte innerhalb der Rechtsordnung erreichen wollen. Es genügt daher nicht, daß die Beteiligten bewußt auf den Abschluß

1) Kritisch auch Honold, Agreement S. 66 ff.

2) Benkendorff, WuW 1954 S. 147 ff (152); (anders aber WRP 1962 S. 313 ff (321)); Hirsch, Kontrolle S. 28; Lutz, NJW 1958 S. 128 f (128).

3) Enn-Nipperdey, Lehrbuch § 190 III 3 mwN; BGH Urteil v. 3.3. 1960 NJW 1960 S. 1057 ff (1058).

4) Markert, B 1963 S. 1455 ff (1459); Ruge, WuW 1963 S. 698 ff (709); Schramm und Klaka, WRP 1958 S. 75 ff (77).

5) Zum Begriff vgl. Coing in Staudinger-Coing, Kommentar § 117 Anm. 2 ff.

6) So wohl Ruge, WuW 1963 S. 698 ff (707), wonach in den Fällen, in denen die Beteiligten ein Gentlemen Agreement treffen, um den Saktionsfolgen des GWB nicht zu unterliegen nach § 117 Abs. I BGB ein Vertrag vorliege.

eines Rechtsgeschäfts verzichten. ¹⁾

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die allgemein-zivilrechtlichen Versuche zur Einordnung von unverbindlichen Absprachen in den Vertragsbegriff des § 1 nicht zu überzeugen vermögen.

1.1.2.2. Kartellrechtliche Lösungen

Im Hinblick auf das Kartellrecht sind in der Literatur weitere Versuche zur Subsumtion rechtlich unverbindlicher Absprachen unter das Kartellverbot unternommen worden.

1.1.2.2.1. Wechselseitige Empfehlungen

Die wohl überwiegende Meinung in der Lehre versucht die Problematik der unverbindlichen Abreden mit Hilfe des Empfehlungsverbot nach § 38 Abs. II S. 2 zu lösen.

Nach dieser Auffassung erfüllen Absprachen ohne rechtlichen Bindungswillen nicht den Begriff "Rechtsgeschäft" und können daher nicht vom Kartellverbot berührt werden. Die rechtlich unverbindliche Absprache wird daher nicht als eine Absprache, sondern als wechselseitige Empfehlung angesehen, über deren Befolgung die Beteiligten sich (zusätzlich) einigen. ²⁾

Folgt man dieser Auffassung und beurteilt die Absprachen ohne Rechtsbindungswillen als ein Bündel von Empfehlungen, so verstoßen die Beteiligten - jedenfalls soweit sie am Zustandekommen der Absprache mitwirkten - gegen das Empfehlungsverbot. Die Partner sind zugleich Empfehlende und Empfehlungsempfänger. Setzen sie die Absprache durch und begehen sie damit eine Verbotsum-

1) Vgl. Coing aaO § 117 Anm. 2 ff.

2) So (offenbar im Anschluß an) Meyer-Gording, NJW 1953 S. 565 ff (566); Benisch B 1957 S. 789 ff (792), (anders aber B 1959 S. 451 ff (452)); Bär, Wirtschaft u. Recht 1958 S. 245 ff (258 f); Löffler und Glaser, B 1959 S. 279 ff (281); Rinck, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 178; Ruge, WuW 1963 S. 698 ff (710); Sandrock, Grundbegriffe S. 261 f; Spengler, RWP 8 WiR Teil D (355) S. 17 ff; Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff (16).

gehung, so machen sie sich als Empfehlende nach § 38 Abs. II S. 2 einer Ordnungswidrigkeit schuldig. ¹⁾

Diese Auffassung widerspricht der Systematik des Gesetzes. § 38 stellt die Empfehlungen im Gegensatz zu den Verträgen und Beschlüssen wettbewerbsbeschränkender Art. ²⁾ Während diese durch inhaltlich übereinstimmende Erklärungen zustandekommen und (jedenfalls in der Regel) klagbare Verpflichtungen begründen, sind Empfehlungen einseitige Äußerungen gegenüber Empfängern, die durchaus nicht gleicher Ansicht zu sein brauchen und denen die Befolgung der Empfehlungen (zumindest grundsätzlich) freisteht. ³⁾

Die Theorie der wechselseitigen Empfehlung legt das Schwergewicht auf die einzelnen Anregungen, die zu einer Absprache führen. Ebenso wie sich ein Vertrag im herkömmlichen Sinne aus mehreren Willenserklärungen zusammensetzt, besteht eine unverbindliche Absprache zwar aus mehreren in diese Richtung abgegebenen Anregungen. Sobald jedoch eine Übereinkunft erzielt wird, knüpft der Rechtserfolg aber an das Ergebnis, nicht mehr an die einzelnen Bestandteile an, die dazu geführt haben. Das Merkmal der Willensübereinkunft ordnet eine unverbindliche Absprache daher dem Kartelltatbestand zu.

Zum anderen fehlt den das "agreement" begründenden "Willenserklärungen" meist das Merkmal, das von der hM ⁴⁾ als entscheidendes Kriterium für das Vorliegen einer Empfehlung angesehen wird: die Beeinflussungstendenz. Die ein Gentlemen Agreement

-
- 1) Honold, Agreement S. 100 ff will § 38 Abs. II S. 2 nur auf den Anstifter eine Gentlemen Agreement anwenden.
 - 2) Benkendorff, WRP 1962 S. 313 ff (321) belegt dies mit der Entstehungsgeschichte.
 - 3) Honold, Agreement S. 32; Huber, Empfehlungsverbot S. 52; Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 19.
 - 4) Vgl. dazu unten S. 118 ff.

bewirkende "Willenserklärung" braucht den Inhalt dieser Vereinbarung für den a n d e r e n durchaus nicht als gut oder vorteilhaft darstellen und es ihm deshalb a n r a t e n oder n a h e l e g e n . ¹⁾

Dieser Ansicht kann daher nicht gefolgt werden.

1.1.2.2.2. Vertrag mit Außenwirkungen

Nach einer anderen Auffassung gehören auch rechtlich unverbindliche Vereinbarungen zu den Kartellverträgen und Beschlüssen im Sinne des § 1 GWB. ²⁾

Zwar nehme § 1 bezüglich der Vertragsmerkmale auf die in der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre entwickelten Begriffe Bezug. Doch setze auch ein Vertrag nach den allgemeinen Grundsätzen keine rechtliche Verpflichtung voraus.

Der von der herrschenden Rechtsfolgentheorie als wesensmäßiger Inhalt eines Rechtsgeschäfts geforderte Wille auf die Erzielung einer rechtlichen Verpflichtung stamme aus der Zeit konstruierter Rechtsbegriffe und sei deshalb unhaltbar. So weichen die konkret gewollten Rechtserfolge vielfach von der tatsächlich - aufgrund der Sanktion durch die Rechtsordnung -

1) Reinhart, Zuwiderhandlung S. 29 Fn. 21 weist daraufhin, daß zumindest dann, wenn ein Unternehmen der Absprache nur aus Solidaritätsgründen widerstrebend zustimmt, der zustimmenden Mehrheit kein bestimmtes Verhalten empfiehlt. Die begriffsnotwendige Einseitigkeit der Empfehlung will Reinhart aaO aus dem Begriff der Mittelstandsempfehlung entnehmen, die nur die Empfehlung einer Vereinigung, nicht aber Empfehlungen der einzelnen Unternehmen untereinander freistellen. Da § 38 II 3 aber nur bestimmte Empfehlungen vom Empfehlungsverbot herausnehmen will, erscheint der Schluß auf den allgemeinen Empfehlungs-begriff nicht zwingend.

2) Lukes, Kartellvertrag S. 123, 125, 127 f, 275, 288, 298. Angeschlossen haben sich Schwammberger, NJW 1959 S. 2189 ff (2190 f); wohl auch Hirsch, Kontrolle S. 27 f; Rasch, AcP 158 (1959) S. 67 ff (69); dahingestellt BGH Urteil v. 26.10.1959 "Gasglühkörper" WuW/E 359 ff (361). Dabei verwirft Lukes die bisherige Einteilung in Kartellvertrag und Kartellbeschuß und vertritt die Auffassung, daß es einen einheitlichen Kartelltatbestand als eine selbständige und neue Form des mehrseitigen Rechtsgeschäfts gebe, dem ein Verpflichtungscharakter nicht wesentlich, das jedoch nach Vertragsgrundsätzen zu behandeln sei: eine Willensübereinkunft mit positionsverschlechternden Reflexwirkungen.

eintretenden Rechtsfolgen ab. ¹⁾ Dies lasse erkennen, daß die Willenserklärungen der Parteien nicht auf irgendwelche Rechtseinzelheiten abzielten, die ihrer Vorstellungswelt in der Regel unbekannt seien, ihr Wille vielmehr durch zwei Ziele determiniert sei: das Wollen eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolges und das Wollen der Maßgeblichkeit der Rechtsordnung für ihre Rechtsbeziehungen. Auch setzten Vertrag und Beschluß als Rechtsbegriffe keine Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten voraus. Das ergebe sich aus zahlreichen Vertragstypen, wie z.B. der Forderungsübertragung, der privaten Schuldübernahme und dem Schuldauhebungsvertrag. Die Leistungsverpflichtung sei kein Essentiale des Vertrags- oder Beschlußbegriffs. Für den Kartellbegriff sei vielmehr entscheidend, daß es sich um eine Willensübereinkunft mit positionsverschlechternden Reflexwirkungen handle. ²⁾

Auch die Gesetzesgeschichte spreche für diese Auffassung. Zwar habe der Regierungsentwurf eine rechtliche Verpflichtung der beteiligten Unternehmen mehrfach erwähnt, doch komme im Gesetzeswortlaut nirgendwo ein klarer und eindeutiger Wille zum Ausdruck, daß eine rechtliche Verpflichtung begriffswesentlich sein soll. ³⁾

Auch die im Gesetzeswortlaut enthaltene Formulierung "zu einem gemeinsamen Zweck" lasse nicht erkennen, daß dem Kartellbegriff eine rechtliche Verpflichtung der Beteiligten, insbesondere ein unter ihnen bestehendes gesellschaftsrechtliches oder gesellschaftsähnliches Verhältnis immanent sein solle. Es gebe viele Verträge zu einem gemeinsamen Zweck (Eheschließung, Vergleich, Schuldauhebungsvertrag), die keine rechtlichen Verpflichtungen unter den Beteiligten begründeten. ⁴⁾

1) So sei z.B. der Wille der Kontrahenten eines Kaufvertrages in aller Regel auf die sofortige Übertragung des Eigentums gerichtet. Tatsächlich lasse die Rechtsordnung aber eine Pflicht zur Eigentumsverschaffung entstehen (Lukes, Kartellvertrag S. 257).

2) Vgl. Lukes, Kartellvertrag S. 123 ff.

3) Lukes aaO S. 125 f.

4) Lukes, aaO S. 126 ff.

Außerdem würde der Zweck des GWB - die persönliche Freiheit der Marktteilnehmer oder die Sicherung eines optimalen Wirtschaftseffektes oder auch der Schutz des Wettbewerbs als Institution - gefährdet, wenn Verträge und Beschlüsse, die unter den Beteiligten rechtlich unverbindlich vereinbart seien, nicht vom Kartellverbot erfaßt werden könnten. ¹⁾

Gegen die Argumentation, daß Vertrag und Beschluß als Rechtsbegriff keine Verpflichtung der Beteiligten voraussetzten, ist eingewandt worden, daß sich die Frage nach dem Verpflichtungscharakter nicht aus dem allgemeinen Vertragsbegriff, sondern nur aus der Natur des jeweiligen Vertragstyps und seiner Ausgestaltung im Gesetz klären lasse. Zwar sei bei Verfügungsgeschäften keine rechtliche Verpflichtung, wohl aber in der Regel bei den sonstigen Rechtsgeschäften erforderlich, um sie als Verträge oder Beschlüsse zu qualifizieren. ²⁾

Soweit sich die Kritik gegen den Wegfall des Rechtsfolgewillens als wesensmäßigen Inhalt eines Rechtsgeschäfts wendet, werden die schon zu Beginn dieses Streits im gemeinen Recht bekannten Argumente entgegengehalten ³⁾: der unmittelbar rechtliche Haupterfolg (essentialia) gelte deshalb, weil er gewollt sei; die naturalia dagegen deshalb, weil das Gesetz ihre Wirkung anordne. Das Charakteristikum des Rechtsgeschäfts sei gerade, daß die Rechtsordnung von den Parteien für ihre außerrechtlichen Zwecke eingespannt werde; daß der Endzweck dabei auf einen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg gerichtet sei, sei demgegenüber unerheblich. ⁴⁾

Soweit sich diese Argumente auf den begrifflichen Inhalt einer Willenserklärung stützen, erscheint es wenig sinnvoll, diesen alten Streit weiter zu verfolgen. Bei dem Erfordernis eines auf den unmittelbaren Rechtserfolg gerichteten Willens bleiben jedenfalls Zweifel, ob diese Begründung nicht wieder

1) Lukes, Kartellvertrag S. 128 ff.

2) Sandrock, Grundbegriffe S. 257 ff; Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff (6 f); vgl. auch Biedenkopf, BB 1959 S. 1108; Dörinkel, WuW 1960 S. 341 f (342).

3) Vgl. hierzu Lenel, JherJb 19 (1881) S. 154 ff (155, 249 f); Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941) S. 130 ff (146) mwN.

4) Sandrock, Grundbegriffe S. 257 f; Raiser, Vertragsfunktion S. 101 ff (111 f) kritisiert die Vermengung von soziologischen und rechtsdogmatischen Kategorien.

von der Wirkung auf die Ursache schließt.

Der Einwand, daß nur bei Rechtsgeschäften, die eine Verfügung beinhalten, keine Verpflichtung der Beteiligten zu einem bestimmten Verhalten vorausgesetzt werde ¹⁾, beweist nicht, daß es sich bei dem Verfügungsgeschäft um eine (abschließende) Ausnahme von einem generell erforderlichen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen handelt, es nicht vielmehr neben Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften nicht noch eine dritte Art von Vereinbarungen, die Verträge mit Außenwirkungen geben kann.

Zuzustimmen ist Lukes sicherlich darin, daß der Zweck des GWB auch die Erfassung rechtlich unverbindlicher Absprachen erfordert. Diese Auffassung bietet außerdem eine dogmatisch einwandfreie Lösung dieses Problems.

Andererseits wird damit das bisherige Verständnis des Rechtsgeschäfts überhaupt infrage gestellt, das - zwar wohl nur, aber immerhin das - gewichtige Argument einer langen Tradition für sich hat. Diese Auffassung ist daher überwiegend abgelehnt worden. ²⁾

Um dem Zweck des GWB Rechnung tragen zu können, muß die Einordnung von gentlemen agreements in die Kartellvereinbarungen auf einem weniger "revolutionären" ³⁾ Wege vorgenommen werden.

1.1.2.2.3. Erweiterter Vertragsbegriff

Die Möglichkeit zur Erfassung rechtlich unverbindlicher Absprachen im Rahmen des Kartellverbots ergibt sich aus einer erweiternden Auslegung des Vertragsbegriffes in § 1.

1) Vgl. die auf S. 47 Fn. 2) genannten Autoren.

2) Vgl. oben S. 47 Fn. 2) und Fn. 4).

3) Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff (5).

1.1.2.2.3.1. Wortlaut

Der Rechtsbegriff "Vertrag" wird im allgemeinen zur Kennzeichnung einer Willensübereinkunft mit Rechtsbindungswillen verwendet. Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, daß der Gesetzgeber gleichlautende Begriffe in demselben Gesetz in der gleichen Bedeutung verwendet. Im Hinblick auf den Sinngehalt eines Begriffs in zwei verschiedenen Gesetzen wird eine derartige arbeitshypothetische Unterstellung schon bedenklich, da die in den einzelnen Gesetzen verwendeten Begriffe nur der Umschreibung der gesetzgeberischen Zielvorstellungen dienen. ¹⁾

So ist für die in § 1 und § 38 Abs. II verwendeten Begriffe Unternehmen oder Empfehlungen allgemein anerkannt, daß diese im Hinblick auf die Zielvorstellung des GWB einen von anderen Gesetzen verschiedenen Inhalt haben. ²⁾

Die herrschende Lehre hat auch keine Bedenken, den Vertragsbegriff zu modifizieren, je nach dem ob es sich um einen zivilrechtlichen oder beispielsweise um einen kollektivrechtlichen staats- oder öffentlichrechtlichen Vertrag handelt. ³⁾

Für den Begriff des Vertrages im herkömmlichen Sinn ist es zumindest ein ebenso einschneidender Eingriff, hierunter (wie beim öffentlichrechtlichen Vertrag) auch eine Willensübereinkunft zu verstehen, die zwischen Parteien in einem Über- und Unterordnungsverhältnis erfolgt, wie die Einbeziehung von rechtlich unverbindlichen Absprachen in die Kartellverträge.

Legt man danach den Rechtsbegriff "Vertrag" wie alle anderen Rechtsbegriffe im Hinblick auf das jeweilige Gesetz aus, so ergibt sich, daß in § 1 nur rechtsverbindliche Absprachen erfaßt werden sollen. ⁴⁾

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 158; Markert, B 1963 S. 1455 ff (1458).

2) Vgl. unten S. 68 und 115 f.

3) Vgl. hierzu Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 262 ff.

4) Im Ergebnis ebenso Enn-Nipperdey, Lehrbuch § 145 S. 898, dagegen Benkendorff, WRP 1962 S. 313 ff (313).

Gegen eine Auslegung im Sinne einer Einbeziehung von unverbindlichen Absprachen wird geltend gemacht, es sei eine Tautologie, wenn der Gesetzgeber unverbindlichen Verträgen, die schon nach dem Willen der Beteiligten keine rechtlichen Verpflichtungen begründen sollen, noch die Rechtswirksamkeit absprechen wollte. ¹⁾

Dem ist entgegenzuhalten, daß sich eine Tautologie auch im Zivilrecht findet; so wird z.B. von der herrschenden Lehre die Anfechtung nichtiger Geschäfte als zulässig erachtet ²⁾, ohne daß deshalb Rückschlüsse auf den Charakter nichtiger Rechtsgeschäfte gezogen werden.

Zum anderen beinhaltet das Merkmal "unwirksam" in § 1 nicht notwendig die Bedeutung von "rechtlich unwirksam". Es läßt sich auch als eine Klarstellung auffassen, daß nach den Wertvorstellungen des Gesetzes aus wettbewerbsbeschränkenden Absprachen nicht einmal gesellschaftliche oder moralische Verpflichtungen erwachsen sollen. Vor allem aber ist die Unwirksamkeitserklärung in § 1 Anknüpfungspunkt für die Sanktionen in § 38. Aus diesem Gesichtspunkt gewinnt auch die Unwirksamkeitserklärung rechtlich unverbindlicher Absprachen ihren Sinn.

1.1.2.2.3.2. Entstehungsgeschichte

Auch aus den Gesetzesmaterialien läßt sich nicht herleiten, daß unter Kartellverträgen nur Vereinbarungen mit rechtlichen Verpflichtungen erfaßt werden sollten.

Wenn es in der amtlichen Begründung heißt ³⁾ "bei wettbewerbsbeschränkenden Rechtsgeschäften kann das Gesetz an die zivilrechtliche Wirkung dieses Rechtsgeschäfts anknüpfen", so sind damit Rechtsgeschäfte im überkommenen Sinn gemeint. Daraus ergibt sich aber keine Stellungnahme dahin, daß das

1) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 19; Benkendorff, WRP 1962 S. 313 ff (316); Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 18; Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff (6).

2) Enn-Nipperdey, Lehrbuch § 203 III 7; Lehmann, Allg. Teil § 27 II 2; Serick, RabelsZ 21 (1956) S. 207 ff (210 ff) mwN.

3) BT-Drucks. II S. 1158 Anl. 1 B I 4. Abs..

Gesetz nicht auch bei sozial bindenden Absprachen an deren Auswirkungen anknüpfen kann, da die Begründung an anderer Stelle ausführt ¹⁾: "Sie (gemeint: gentlemen agreements) sind meist echte, nach § 1 zu verurteilende vertragliche Verpflichtungen. Ihr Charakter als Kartellvereinbarung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beteiligten sich darüber einig sind, aus einer Zuwiderhandlung gegen die Vereinbarung privatrechtliche Ansprüche wegen Vertragsverletzung nicht geltend zu machen."

Wenngleich unter dem Begriff gentlemen agreements nicht nur rechtlich verbindliche, aber unklagbare, sondern vor allem außerrechtliche Abmachungen im gesellschaftlichen Bereich verstanden werden ²⁾, kann man hieraus ein Indiz dafür entnehmen, daß § 1 auch Abmachungen ohne Rechtsverbindlichkeit erfassen sollte.

Dagegen spricht auch nicht zwingend, daß es der Gesetzgeber in Kenntnis der Regelungen des Dekartellierungsrechtes, der Europäischen Verträge und des amerikanischen Anti-Trust-Rechts unterlassen hat, ähnliche Formulierungen wie die dort verwendeten (Absprachen und gemeinschaftliche Unternehmungen, verabredete Praktiken, abgestimmte Verhaltensweisen, concerned actions) in § 1 aufzunehmen. ³⁾ Dieses Unterlassen kann sich aus einer berechtigten Zurückhaltung vor unbekannten Rechtsbegriffen anderer Rechtsordnungen, aber auch aus einer im Streit um die Verwirklichung des Verbotsprinzips gebotenen Vorsicht in der Formulierung erklären. Einer Weiterentwicklung des Vertragsbegriffs kann dies nicht entgegenstehen. ⁴⁾

1) BT-Drucks. II S. 1158 Anl. 1 C zu § 1 Ziff. 6.

2) Vgl. Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 19 ff.

3) So aber Reinhart, Zuwiderhandlung S. 42; Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff (9).

4) In der Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA 1967 (BT-Drucks. V S. 2841 S. 3) wird auf den Hinweis des BKA verwiesen, wonach das bisherige Erfordernis einer rechtlichen Bindung einer vollständigen Verwirklichung des Gesetzeszweckes entgegenstehe. Die Bundesregierung will jedoch vor einer Änderung der gesetzlichen Vorschriften die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (also wohl im oben entwickelten Sinn) abwarten.

1.1.2.2.3.3. Bedeutungszusammenhang

Verträge und Beschlüsse nach § 1 stehen im Gegensatz zu den Empfehlungen nach § 38 Abs. II S. 2. Mit dem Empfehlungsverbot sollen die Fälle erfaßt werden, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung nicht auf eine Absprache, sondern auf einseitige Äußerungen gegenüber Empfängern zurückgeht, die durchaus nicht gleicher Ansicht zu sein brauchen. ¹⁾

Die Entstehungsgeschichte zeigt, daß sich das Kartellrecht für die Empfehlungen insoweit interessiert, als sie zu einer de-facto Erzielung einer Wettbewerbsbeschränkung ohne (erkennbare) Absprachen führt. ²⁾ Wenn das Gesetz damit schon Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund einer einseitigen nicht verbindlichen Willensäußerung verbietet, müssen erst recht die demgegenüber eine viel stärkere Bindung verursachenden "unverbindlichen" Absprachen verboten sein.

Daß in § 34 für Kartellverträge und Beschlüsse Schriftform gefordert wird, steht der Einbeziehung der (häufig stillschweigend geschlossenen) Vereinbarungen ohne Rechtsverbindlichkeit nicht entgegen, da diese Bestimmung nur für Verträge und Beschlüsse nach §§ 2 - 8 gilt, also für Vereinbarungen, die gerade rechtswirksam werden sollen; das gleiche gilt für die Bestimmungen der §§ 9 - 13.

1.1.2.2.3.4. Sinn und Zweck

Die Einbeziehung von rechtlich unverbindlichen Absprachen ergibt sich zwingend aus dem Ziel des GWB. Über den Sinn und Zweck des GWB bestehen gegenwärtig drei Gruppen von Meinungen, ohne daß sich bisher eine überwiegende Meinung gebildet hätte.

Wenn man als Zweck der Kartellregelung das Erreichen eines optimalen Wirtschaftseffektes ansieht ³⁾, so kann damit, da

1) Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 19.

2) Vgl. Überblick Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 18.

3) Langen-Böckstiegel, Einführung Rdz. 37; vgl. weitere Nachweise bei Lukes, Kartellvertrag S. 128 f.

der optimale Wirtschaftseffekt nur das Mittel für andere Zwecke sein kann, eine Umschreibung der dahinter stehenden Einzelzwecke gemeint sein.

Sieht man den Sinn und Zweck der Kartellregelung im Schutz der Handlungsfreiheit ¹⁾, so ist festzustellen, daß diese sowohl gegenüber den Kartellbeteiligten als auch gegenüber Aussonstehenden ²⁾ durch Verpflichtungen gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Art ebenso intensiv wie durch rechtliche Verpflichtungen beeinträchtigt werden kann.

Das Erfordernis einer rechtsverbindlichen Absprache würde den Anwendungsbereich des Kartellverbots auf ein Minimum eingengen; da § 1 durch die dort ausgesprochene Rechtsfolge der Unwirksamkeit eine rechtliche Bindung an nicht nach §§ 2 - 8 legalisierte Verträge, die die sonstigen Merkmale des § 1 erfüllen, gar nicht ermöglicht, würde diese Bestimmung nur diejenigen kleineren Unternehmen treffen, denen die gesetzlich statuierte Unwirksamkeit der von § 1 erfaßten Absprachen nicht bekannt ist. ³⁾

Sieht man den Zweck des Kartellverbots im Schutz des Wettbewerbs als Institution ⁴⁾, so gebietet diese Meinung die Erfassung von Absprachen im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bereich, soweit diese den Wettbewerb beeinträchtigen können. Beschränkungen des Wettbewerbs lassen sich aber aufgrund der bei Kartellen zu beobachtenden Potenzierung wirt-

1) Fikentscher, Wettbewerb S. 227, 230; Lukes, Kartellvertrag S. 28 ff, 184 ff, 299, 302 mwN auf S. 128 Fn 16.

2) Vgl. hierzu Lukes aaO.

3) BKA, Beschluß v. 28.11.1967 "Teerfarben", BB 1968 S. 144 f (145); ebenso Tätigkeitsbericht 1967, Auszug BB 1968 S. 601 f (602); Tätigkeitsberichte 1960 S. 17 (BT-Drucks. III 2734); Tätigkeitsbericht 1962 S. 49 (BT-Drucks. IV 1220); dem obiter dictum in WuW/E 577 (Briefe v. 8./9.2. und 27./28.3.1962 "Freiwillige Ketten" WuW/E 575 ff) kam daher nicht die Bedeutung einer Rückkehr zum allgemeinen Vertragsbegriff zu, so aber Benisch, WuW/E BKA 577 ff (578); Reinhardt, Zuwiderhandlung S. 41 Fn 74.

4) Z.B. Würdinger, WuW 1953 S. 721; Ballerstedt, JZ 1956 S. 267 ff (271).

schaftlicher Macht durch drohende Sanktionen im gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Bereich zumindest in gleicher Intensität wie durch rechtliche Verpflichtungen erreichen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß als Verträge oder Beschlüsse im Sinne des § 1 Vereinbarungen anzusehen sind, deren Verbindlichkeit sich aus rechtlichen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen oder moralischen Gründen ergibt. ¹⁾

1.1.3. Gegenstand des Vertrages

§ 1 setzt seinem Wortlaut nach zunächst nur einen Vertrag (Beschuß) voraus. Ob diese Vereinbarung einen bestimmten Inhalt haben muß, um vom Kartellverbot erfaßt zu werden, ist bestritten. Nach der Mindermeinung ist die Anwendung des § 1 nicht auf Rechtsgeschäfte mit bestimmtem Inhalt beschränkt. Es genügt, wenn eine Vereinbarung ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten verursacht (Folgetheorie). ²⁾

-
- 1) Im Ergebnis ebenso: Bramkamp, Exportkartelle S. 22 ff; Bün-
tig, BB 1960 S. 384 ff (385); Ewald, WRP 1960 S. 141 ff (141
f); Giefers, Preisempfehlung S. 63 f; Enn-Nipperdey, Lehr-
buch § 145 S. 898; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 12;
Spengler, RWP 8 WiR Teil D (355) 17 ff; BGH Beschluß v.
14.1.1960 "Kohlenplatzhandel" WuW/E 369 ff (371), obiter
dictum. Da es sich hier um eine Interpretation innerhalb
des begrifflichen Rahmens von § 1 handelt, liegt keine
Analogie vor. So aber Frankf.Komm. § 1 Tz. 7; Sandrock,
Grundbegriffe S. 260; Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff (15). Dagegen
verwenden inkonsequenterweise einen derartigen Vertragsbe-
griff nur in § 38 I 1: Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 29; Be-
nisch, B 1959 S. 451 f (451); OLG Celle Beschluß v. 11.10.
1965 WuW/E 722 ff (725). Diese Auffassung erscheint beden-
klich, da hier für die Zwecke des § 38 § 1 für einen angeb-
lich nicht geregelten Fall ausgedehnt wird. Damit gerät die-
se Auffassung in die Nähe einer unzulässigen Analogie.
- 2) Benkendorff, WRP 1962 S. 313 ff (318 f); Brandt, ZHR 127
S. 200 ff (212 f); Gabriel, MA 1960 S. 247 ff (251 f);
Gleichmann, WRP 1959 S. 165 ff (169); Hirner, Wettbewerbs-
verbote S. 24; Knöpfle, WuW 1962 S. 159 ff (174, insbes.
173 Fn 27, 178 Fn 39); Laufke, Ufita 35 (1961) S. 257 ff
(295 f); Rieger, Problem S. 112; Sandrock, Grundbegriffe
S. 243; Schmidt, WuW 1963 S. 97 ff (104 f) und WuW 1966 S.
699 ff (718, 729); LG Düsseldorf Urteil v. 8.9.1959 WuW/E
147 ff (149); Schwammberger, NJW 1959 S. 2189 ff (2191).

Nach der überwiegenden Meinung erfaßt § 1 nur solche Verträge (Beschlüsse), deren Inhalt und Gegenstand eine - wie auch immer geartete - Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit ist (Gegenstandstheorie). ¹⁾

1.1.3.1. Wortlaut

Dem Wortlaut des § 1 nach sind nur solche Verträge unwirksam, die geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

-
- 1) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 28; Behrens, WRP 1958 S. 105 ff (108) u. WRP 1960 S. 57 ff (60); Benisch, B 1957 S. 789 ff (790) u. WuW/E BKA 575 ff (577) u. WuW/E BGH 789 ff (790) anders noch WuW 1956 S. 480 ff (486 ff) u. Einkaufsverbände S. 231 ff (254 ff); Brinkmann, Markttransparenz S. 31; De-ringer, WuW 1958 S. 3 ff (6); Ewald, WuW 1956 S. 253 ff (257 f); Frankf.Komm. § 1 Tz. 26; Franzen-Boekle, MA 1959 S. 11 ff (23); Günther, MA 1957 S. 35 ff (43 f); Kleim, Gemeinschaftsunternehmen S. 50; Krahe, WuW 1959 S. 615 ff (620); Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (232); Lieberknecht-Gnauk, BB 1963 S. 1067 ff (1067); Lukes, Kartellvertrag S. 150 ff, 226 u. Verständnis S. 219 ff (225); Markert, B. 1963 S. 1455 ff (1456); Maul, WRP 1965 S. 208 ff (212 f); Menze, WuW 1963 S. 578 ff (580 ff); Merle, Marktinformationsverfahren S. 73; Möhring, NJW 1964 S. 1361; Müller-Henneberg, WuW 1961 S. 309 ff (315) u. WuW 1963 S. 877 ff (882) u. GemKomm. § 1 Rdz. 31; Müller-Giessler, § 1 Rdz. 21, 62; Nester, Nachfragemacht S. 131; Pickel, BB 1963 S. 699 ff (707); Rasch, WuW 1961 S. 79 ff (85); Rasch-Westrick, § 1 Rdz. 4; Rinck, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 179; Sander, WuW 1959 S. 499 ff (506); Sölter, Nachfragemacht S. 58; aA Rabattkartell S. 55; Spengler, B 1960 S. 903 ff (905); Ulmer, WuW 1962 S. 3 ff (3 Fn 4); Westermann, Einkaufszusammenschlüsse S. 23 f; Wolff, BB 1966 S. 920 ff (922 f); BKA, Briefe 8./9.2. und 27./28.3.1962 "Freiwillige Ketten" WuW/E 575 ff (576); BKA, Beschluß v. 31.3.1966 "Westdeutsche Düngerkalkwerke" WuW/E 1051 ff (1053); BKA, Tätigkeitsbericht 1960 S. 17 (BT-Drucks. III 2734) u. 1961 S. 25 (BT-Drucks. IV 378); Urteil v. 6.12.1962 BGHZ 38 S. 306 ff (311). Nur mißverständlich formuliert BGH WuW/E 767 ff (782), Beschluß v. 15.7.1966 "Bauindustrie", dazu Benisch, WuW/E 789 ff (790); KG Urteil v. 24.2.1959 zitiert bei Klaue, BB 1964 S. 538 ff (538); OLG Stuttgart Beschluß v. 7.11.1963 WuW/E 650 f; Verfügung des WiM Bad-Württ. v. 10.8.1960 WuW/E LKB 22; im wesentlichen ebenso (Wettbewerbsbeschränkung als Haupt- oder Nebenpflicht oder Zweck des Vertrages): Fikentscher, Interessengemeinschaft S. 47 u. WuW 1960 S. 680 ff (681); folgend: Säcker, BB 1967 S. 681 ff (682) Fn 11.

Diese Eignung hat ein Vertrag sowohl dann, wenn er nach Inhalt und Gegenstand eine solche Eignung aufweist, als auch dann, wenn sich die Eignung erst in Verbindung mit außerhalb des Vertrages liegenden Umständen ergibt. Aus dem Wortlaut des § 1 läßt sich daher kein Argument für die (engere) Gegenstandstheorie herleiten. ¹⁾

1.1.3.2. Entstehungsgeschichte

§ 1 Kartellverordnung betraf Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthielten, mithin Verträge, deren Gegenstand eine Wettbewerbsbeschränkung war. ²⁾

Da der Regierungsentwurf zum GWB im wesentlichen an die Ergebnisse der bisherigen Entwicklung anknüpfte ³⁾, wird zum Teil angenommen, daß § 1 ebenfalls im Sinne der Gegenstandstheorie auszulegen sei. ⁴⁾

-
- 1) Ebenso Benisch, B 1957 aaO (790); WuW 1956 aaO (486); WuW 1958 aaO (272), Einkaufsverbände S. 256; Fikentscher, Interessengemeinschaft S. 47 u. WuW 1960 aaO (681); Gleichmann, WRP 1959 aaO (168); Hirner, Wettbewerbsverbote S. 24; Kleim, Gemeinschaftsunternehmen S. 47; Laufke, Ufita 35 aaO (295); Maul, WRP 1965 aaO S. 212; Pickel, B 1968 aaO (298); Sandrock, Grundbegriffe S. 237; Schwammberger, NJW 1959 aaO (2191); anders: Merle, Marktinformationsverfahren S. 57 f; Menze, WuW 1963 aaO (581); Pinder, WuW 1958 aaO (574); zweifelnd: Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 31; Wolff, BB 1966 aaO (923).
 - 2) Kartellverordnung vom 2.11.1923, RGBl. I S. 1067 ber. 1090 idF v. 15.7.1933, RGBl. I S. 487.
 - 3) BT-Drucks. nach Anl. 1 zu B I 1 und C zu §.1 Bem. 1, II. Wahlperiode 1158.
 - 4) Behrens, WRP 1960 aaO (57); Benisch, B 1957 aaO (790); Kleim, Gemeinschaftsunternehmen S. 48; Krahe, WuW 1959 aaO (619); Maul, WRP 1965 aaO (212); Merle, Marktinformationsverfahren S. 66; Spengler, B 1957 aaO (790).

Die Vertreter der Gegenstandstheorie stützen sich dabei besonders auf den schriftlichen Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, in dem es heißt ¹⁾: "Ein Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der keine Kartellzwecke verfolgt, d.h. seinem Gründungsvertrag oder seiner Satzung nach nicht die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen geeignet ist, unterliegt, gleichgültig welche Rechtsform er gewählt hat, nicht dem Verbot des § 1. Werden aber durch Vertrag (Beschuß) Verpflichtungen zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Verhalten begründet, so sind die Voraussetzungen des § 1 erfüllt."

Dieser Bericht steht jedoch im Zusammenhang mit einer Sitzung des Ausschusses vom 20.9.1956, in der Günther einen Bericht über den Stand der Beratungen erstattete ²⁾: "Es bleibt offen, ob Einkaufsverbände, insbesondere Einkaufsgenossenschaften ohne Verpflichtung zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten unter das Verbot des § 1 fallen würden. Hierzu hat sich die Regierung dahingehend geäußert, daß nach ihrer Auffassung ein Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der keine Kartellzwecke verfolgt, d.h. der nach seinem Gründungsvertrag oder seiner Satzung nicht die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs beeinflussen will, dem Kartellverbot des § 1 nicht unterliegt. Dieser Auffassung ist der Ausschuß gefolgt. Er hat die Meinung vertreten, daß bei Beurteilung von Einkaufsvereinigungen nicht die Rechtsform des Vertrages, sondern sein materieller Inhalt entscheidend ist." Die Debatte ging also zunächst keineswegs um das Problem einer vertraglichen Wettbewerbsbeschränkung, sondern bezog sich spezifisch auf die Einkaufsgenossenschaften; hierfür wurde klargestellt, daß derartige Vereinigungen in ihrer typischen Form keine Kartellzwecke verfolgen, also ihren Mitgliedern zwar verbesserte wirtschaftliche Chancen verschaffen,

1) BT-Drucks. II 3644 S. 15 zu § 1.

2) Protokoll Nr. 125 S. 5; der Bericht von Günther ist dem Protokoll als Anlage beigelegt.

nicht aber deren autonome Entscheidung beeinträchtigen wollen. Da sich die Debatte somit nur an der Streitfrage der Kartelleigenschaft von Einkaufsgenossenschaften entzündete, bleiben Zweifel, ob eine allgemeine Entscheidung für die Gegenstandstheorie getroffen werden sollte.¹⁾

Aus der Entstehungsgeschichte wird man daher kein Argument für die Gegenstandstheorie herleiten können.

1.1.3.3. Bedeutungszusammenhang

In der Literatur wird zum Teil aus dem systematischen Zusammenhang des § 1 mit den übrigen Regelungen zu Wettbewerbsbeschränkungen eine Entscheidung des Gesetzes für die Gegenstandstheorie entnommen.

Die §§ 2 Abs. I, 3 Abs. I, 5 Abs. I nehmen Verträge, deren Gegenstand eine Wettbewerbsbeschränkung ist, vom Kartellverbot aus²⁾; in § 5 Abs. III ist eine Genehmigungspflicht für die Bildung von gemeinsamen Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtungen (Syndikate) einer besonderen Genehmigung unterstellt.³⁾ Kennzeichen dieser Syndikate ist aber die Verpflichtung zur Benutzung der gemeinsamen Einrichtung, also ein Verzicht auf selbständigen Ein- und Verkauf. Daraus wird entnommen, daß Vereinbarungen ohne derartige Vertragspflichten keiner Erlaubnis bedürfen, somit nicht unter § 1 fielen.⁴⁾

Nach § 6 Abs. III S. 2 darf eine Genehmigung für ein Ausfuhrkartell nicht erfolgen, wenn die Vereinbarung zu einer wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung führen kann. Wenn § 1 bereits auf die Folgen eines Vertrages abstellen würde, müßte dies - so wird gefolgert - nicht nochmals festgestellt werden.⁵⁾

1) Ebenso Rieger, Problem S. 110 f; Pickel, B 1968 aaO (298).

2) Merle, Marktinformationsverfahren S. 58 f, 62 entnimmt hieraus ein Indiz für die Gegenstandstheorie.

3) Sandrock, Grundbegriffe S. 243 will hieraus in Verbindung mit §§ 15, 4 aber ein Argument für die Folgetheorie herleiten.

4) Merle, Marktinformationsverfahren S. 59 f; Kleim, Gemeinschaftsunternehmen S. 48 f; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 31.

5) Merle, Marktinformationsverfahren S. 61 f; Müller-Henneberg WuW 1963 aaO (883).

Das GWB unterscheidet in den §§ 6 Abs. III S. 2, 11 Abs. V, 12 Abs. I S. 1, 104 Abs. I S. 1 deutlich zwischen dem Vertrag und seiner Durchführung. Auch daraus ergebe sich ein Indiz für die Gegenstandstheorie.¹⁾

In all diesen Fällen wird von der Art der Regelung besonderer Kartelltatbestände auf die Gestaltung der Grundnorm des § 1 geschlossen. Ein solches Vorgehen wäre zulässig, wenn man in diesen besonderen Tatbeständen nur eine nähere Ausgestaltung der allgemeinen Regel sehen könnte. Die §§ 2 ff sehen jedoch eng begrenzte Ausnahmeregelungen von dem grundsätzlichen Kartellverbot vor. Es erscheint daher logisch bedenklich, die allgemeine Regelung des § 1 nach den Maßstäben zu beurteilen, wie sie die Ausnahmebestimmungen beinhalten, die gerade eine Abweichung von der allgemeinen Regel bezwecken.

Zum Teil wird darauf verwiesen, daß das Gesetz eine Unterscheidung zwischen Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund von Rechtsgeschäften, § 1 ff, § 15 ff und aufgrund tatsächlicher Verhaltensweisen, § 25 unterscheide. Diese Unterscheidung werde verwischt, wenn durch die Folgetheorie auch tatsächliches Verhalten als Wettbewerbsbeschränkung durch Rechtsgeschäft angesehen werde.²⁾

Dieser Argumentation ist zuzugeben, daß eine derartige Abgrenzung durch die Gegenstandstheorie erleichtert würde. Eine Entscheidung des Gesetzes für die Gegenstandstheorie läßt sich daraus jedoch nicht ableiten.

Die Argumentation aus der systematischen Stellung einer Vorschrift im Gesetz kann nur dann ein entscheidendes Gewicht für die Auslegung erhalten, wenn sie Ausdruck einer sachlichen Entscheidung des Gesetzgebers ist und nicht nur dem Ordnungsbedürfnis und dem Zwang zur Einhaltung einer gewissen Stoffgliederung entspringt.³⁾

1) Merle, Marktinformationsverfahren S. 62; Spengler, B 1960 aaO (905).

2) Klein, Gemeinschaftsunternehmen S. 49; Merle, Marktinformationsverfahren S. 63 f; Spengler, B 1960 aaO (905); anders Gabriel, MA 1960 aaO (952).

3) Larenz, Methodenlehre S. 247.

Die Gliederung der sechs Abschnitte des ersten Teils des GWB in Verträge (1. und 2. Abschnitt), marktbeherrschende Unternehmen (3. Abschnitt), Verhaltensweisen von Unternehmen (4. und 5. Abschnitt) sowie gemeinsame Bestimmungen (6. Abschnitt) knüpft an typische bisher bekannte Marktverhaltensweisen an. Ob der Gesetzgeber damit eine scharfe Trennungslinie zwischen diesen Verhaltensweisen in ihrer typischen Erscheinungsform und den möglichen Mischformen dieser Verhaltensweisen treffen wollte, läßt sich ohne Unterstellungen jedoch nicht bejahen.

1.1.3.4. Gesetzeszweck

Die vom GWB bezweckte Aufrechterhaltung des Wettbewerbs im Sinne einer Institution, eines Mittels zur Erzielung eines optimalen Wirtschaftseffektes oder als Kennzeichen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des einzelnen ¹⁾ kann sowohl durch Verträge, die eine Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt haben, als auch durch Verträge, die nur die Wettbewerbsbeschränkung als Folge nach sich ziehen, beeinträchtigt werden. Da aber wettbewerbsbeschränkende Folgen eines Vertrages nur verhindert werden können, indem man diese Verträge für unwirksam erklärt, entspricht es grundsätzlich dem vom GWB verfolgten Zweck, alle Verträge, die eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge haben, zu verbieten. ²⁾

Entscheidendes Argument gegen die Folgetheorie ist jedoch das Prinzip der Rechtssicherheit.

Die Gesetze sind, sofern sie mehrere Möglichkeiten zulassen, verfassungskonform auszulegen. Das Erfordernis der Rechtssicher-

1) Zu den Schutzzwecken des GWB vgl. oben S. 53 f.

2) Die Auffassung von Kleim, Gemeinschaftsunternehmen S. 50, daß die Gefahr für den Wettbewerb bei Verträgen mit wettbewerbsbeschränkenden Folgen geringer sei, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Wie hier Benisch, Einkaufsverbände S. 256; Langen-Böckstiegel, § 1 Rz. 42; Maul, WRP 1965 aaO (212); Merle, Marktinformationsverfahren S. 67 f; Rieger, Problem S. 111; Sandrock, Grundbegriffe S. 242; Schmidt, WuW 1966 aaO (718); Wolff, BB 1966 aaO (923).

heit ist ein wesentlicher Bestandteil des in Art. 20 und 28 GG geschützten Rechtsstaatsprinzips. Dazu gehört eine inhaltliche Bestimmtheit, Klarheit und Eindeutigkeit der Gesetze.

Bei der Anwendung der Folgetheorie innerhalb des § 1 würde die Wirksamkeit von Verträgen von Umständen abhängen, von denen sich nicht sicher vorhersagen läßt, ob sie eintreten werden. Wettbewerbsbeschränkende Folgen eines (wettbewerbsneutralen) Vertrages können sich sowohl aufgrund des Vertrages, als auch aufgrund einer davon unabhängigen selbständigen Entscheidung der Beteiligten ergeben. ¹⁾

Die Anwendung der Folgetheorie würde darüber hinaus allein durch die sich ändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten die Wirksamkeit des betreffenden Vertrages ständig wechseln lassen. ²⁾

Der hier mögliche Einwand ³⁾, daß auch nach § 242 BGB (in der Form der *clausula rebus sic stantibus*) Verträge, die zunächst wirksam waren, unwirksam werden können, wenn sich nach Vertragsschluß die Verhältnisse ändern, überzeugt nicht. Im Falle der *clausula rebus sic stantibus* verändern sich nach Vertragsschluß Umstände, die für die Parteien maßgeblich für den Abschluß des Vertrages waren; der Vertrag entspricht dann nicht mehr dem Parteiwillen. ⁴⁾ Wenn bei einem wettbewerbsneutralen Vertrag nachträglich Umstände eintreten, die eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge haben, kann es sich dabei um für den Vertragsschluß unwesentliche Merkmale handeln, die die Rechtfertigung der Vereinbarung durch den Parteiwillen unberührt lassen.

Dem Erfordernis der Rechtssicherheit ist um so mehr Beachtung zu schenken, als der Kartelltatbestand im Rahmen des § 38 Abs. I Nr. 1 als Anknüpfungspunkt für Straffolgen verwendet wird, die

1) Klein, Gemeinschaftsunternehmen S. 49; Maul, WRP 1965 aaO (213).

2) Westermann, Einkaufszusammenschlüsse S. 21.

3) Vgl. Merle, Marktinformationsverfahren S. 69.

4) Staudinger-Weber, Kommentar, § 242 E 2 ff.

Auslegung also auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. II GG im Hinblick auf die gesetzliche Bestimmtheit des Tatbestandes erfolgen muß. Die Versuche, die Folgetheorie durch das Erfordernis einer "konkreten Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung" einzuengen ¹⁾, können die zahlreichen Fälle tatsächlich veränderter wirtschaftlicher Umstände nicht mit hinreichender Sicherheit berücksichtigen. Die exakte Prüfung aller wirtschaftlichen Umstände, die z.B. einen polypolistischen in einen oligopolistischen Markt umwandeln können und dann einen wettbewerbsneutralen Vertrag wettbewerbsbeschränkende Folgen verursachen lassen, kann aber nicht Voraussetzung für die (schnell zu entscheidende) Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Verträgen sein.

Die Rechtssicherheit erfordert daher eine Auslegung des § 1 im Sinne der Gegenstandstheorie. ²⁾

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß § 1 nur solche Verträge betrifft, deren Inhalt und Gegenstand eine Beschränkung des Wettbewerbs ist.

1.1.4. Wettbewerbsbeschränkung

Bei der Bestimmung der als Gegenstand eines Vertrages im Sinne des § 1 enthaltenen Wettbewerbsbeschränkung wird üblicherweise so vorgegangen, daß zunächst der Begriff des Wettbewerbs beschrieben wird, um daraus dann die Wettbewerbsbeschränkung zu erfassen.

-
- 1) Sandrock, Grundbegriffe S. 243; ähnlich Benkendorff, WRP 1952 aaO (320); Laufke, Ufita 35 aaO (296); Rieger, Problem S. 107 f.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 28; Benisch, WuW 1964 aaO (1022); Brinkmann, Markttransparenz S. 31; Fikentscher, WuW 1960 aaO (681); Kleim, Gemeinschaftsunternehmen S. 49; Krahe, WuW 1959 S. 616; Maul, WRP 1965 aaO (213); Merle, Marktinformationsverfahren S. 69 f; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 31 und WuW 1963 aaO (892); Spengler, B 1960 aaO (905); Westermann, Einkaufszusammenschlüsse S. 21; Wolff, BB 1966 aaO (922).

Zum Begriff des Wettbewerbs haben Lehre und (wenn auch in geringerem Maße) Rechtsprechung eine Vielzahl von Begriffsmerkmalen entwickelt.

Gelegentlich findet sich eine Kennzeichnung in Form eines Zustandes oder einer Lage. Als wirtschaftlicher Wettbewerb werden danach die Erfordernisse, Gefahren und Chancen bezeichnet, die sich für die Anbieter und Nachfrager aus der Wahlmöglichkeit der Marktpartner ergeben.¹⁾

Dagegen läßt sich einwenden, daß die soziologische Interpretation den Wettbewerb als ein dynamisches Verhalten und nicht als einen statischen Zustand auffaßt.²⁾ In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, daß kein Bedürfnis bestehe, dieses Verhalten zum Zwecke der rechtlichen Erfassung in einer Momentsituation festzuhalten.³⁾ Überwiegend wird der Wettbewerb daher als Geschehens- oder Handlungsablauf verstanden.

Dabei wird entweder allgemein die Freiheit zu wirtschaftlichen Entschlüssen oder Handlungen herausgestellt⁴⁾ oder diese Freiheit unter Hinzufügung weiterer Merkmale (häufig unter Anknüpfung an eine Entscheidung des RG aus dem Jahre 1924)⁵⁾

-
- 1) Behrens, NJW 1958 S. 481 f (482); Knöpfle, WuW 1962 S. 159 ff (176 f) u. Rechtsbegriff S. 144 ff (222); Lukes, Verständnis S. 199 ff (216) weist darauf hin, daß diese Auffassung in ihrer Grundkonzeption von der wirtschaftswissenschaftlichen Marktformenlehre bestimmt ist.
 - 2) Meyer-Cording, WuW 1962 S. 459 ff (461).
 - 3) Lukes, Verständnis aaO (217).
 - 4) Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung S. 175 "Summe aller wirtschaftlich relevanten Handlungen"; Götz, ZHR 125 (1962) S. 63 ff (64) "Freiheit der Möglichkeit eines aktiven Bewerbs"; Sölter, Nachfragemacht S. 57 "Freiheit zur selbständigen Gestaltung der Marktbedingungen"; vgl. weitere Nachweise bei Lukes, Verständnis aaO (204 Fn 33).
 - 5) Urteil v. 1.12.1924 RGSt 58 S. 429 ff (430): zu Zwecken des Wettbewerbs dient eine Handlung dann, wenn durch sie der eigene Absatz gefördert oder fremder beeinträchtigt, der eigene Kundenkreis auf Kosten der Gewerbsgenossen erweitert werden soll. Der BGH hat für das UWG an dieser Definition festgehalten, vgl. Urteil v. 10.7.1963 NJW 1964 S. 29 ff (29) mwN.

näher umschrieben. ¹⁾

Zur näheren Kennzeichnung wird dabei zunächst der Gegenstand dieser Freiheit als die Möglichkeit von Vertragsabschlüssen mit anderen ²⁾ oder Geschäftsverbindungen mit Dritten beschrieben, wobei eine weitere Einschränkung durch die Bezugnahme auf andere Personen ³⁾ oder die verwandten Mittel ⁴⁾ vorgenommen wird. Teilweise werden auch die von der Handlungsfreiheit verfolgten Zwecke (Steigerung des Absatzes ⁵⁾, Erhaltung oder Erweiterung des Kundenkreises ⁶⁾ oder auch die Motive (Erlangen von Vorteilen ⁷⁾, Gewinnerzielung ⁸⁾ in den Wettbewerbsbegriff mit einbezogen.

Die Umschreibungen dieser Handlungsabläufe haben daher inzwischen zu beinahe unüberschaubaren Definitionen ⁹⁾ geführt,

-
- 1) Vgl. hierzu ausführlich Knöpfle, Rechtsbegriff S. 144; Lukes, Verständnis aaO (203 f); Sandrock, Grundbegriffe S. 107 ff.
 - 2) Günther, MA 1957 S. 35 f (35); Müller-Giessler, § 1 Rdz. 78; Westermann, Einkaufszusammenschlüsse S. 12.
 - 3) Ewald, WuW 1956 S. 253 ff (256); Fikentscher, WuW 1961 aaO (791, 798); Frankf.Komm, § 1 Tz. 20; Rowedder, MDR 1958 S. 1 ff (2); Sandrock, Grundbegriffe S. 129.
 - 4) "Günstige Geschäftsbedingungen": Fikentscher, Wettbewerb S. 15 u. RabelsZ 26 (1961) S. 355 ff (356) u. WuW 1961 aaO (798); "Qualitäts- oder Preisvorteile" Ewald, WuW 1956 aaO (256); Müller-Giessler, § 1 Rdz. 78; Begründung zum. Reg. Entw. Teil C zu § 1, BT-Drucks. II 1158.
 - 5) Rasch-Westrick, § 1 Rdz. 1.
 - 6) Ewald, WuW 1956 aaO (256); Lindenmaier, WuW 1953 S. 259 f.
 - 7) Abg. Kurlbaum, Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages, BT-Drucks. II 3644 zu § 1 (S. 15); Rowedder, MDR 1958 S. 1 ff (2).
 - 8) Meyer-Cording, WuW 1962 aaO (462).
 - 9) Vgl. z.B. Sandrock, Grundbegriffe S. 129, der an die Formel Fikentschers, WuW 1961 S. 798 anknüpft, diese aber im Anschluß an die Überlegungen von Clark (workable competition) erweitert.

deren Unvollständigkeit sich bereits an der Verwendung des Wortes "usw" zeigt.

Die Schwierigkeit aller Begriffsdefinitionen besteht darin, daß eine exakte Formel entsprechend der Vielfalt der wirtschaftlichen Betätigungsformen genügend weit sein muß, um die bekannten und denkbaren Wirtschaftshandlungen zu erfassen.

Andererseits ist es nicht der Sinn des GWB, den Wirtschaftssubjekten alle denkbaren Verhaltens- oder Entscheidungsalternativen zu eröffnen, da kein Wettbewerber jemals die volle wirtschaftliche Entschlüßungsfreiheit besitzt. Das Anliegen des GWB besteht vielmehr lediglich darin, die bestehende wirtschaftliche Entschlüßungsfreiheit von Wettbewerbern zur Vornahme bisher möglicher Wettbewerbshandlungen gegen bestimmte Beeinträchtigungen zu schützen. Dafür ist aber eine generelle Inhaltsbestimmung der wirtschaftlichen Entschlüßungsfreiheit, abgesehen von den dabei auftretenden Unzulänglichkeiten nicht erforderlich.¹⁾

Aus dem Anliegen des GWB, Handlungsabläufe, in denen bestimmte Personen mit bestimmten Handlungen bezüglich bestimmter Güter beteiligt sind, gegen tatbestandsmäßig festgelegte Beeinträchtigungen zu schützen, ergibt sich das Kennzeichen der von § 1 zu verhindernden Wettbewerbsbeschränkung.

Eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 liegt daher dann vor, wenn von den Vertragsbeteiligten²⁾ bestimmte (oder gleichartige) Handlungen bezüglich bestimmter Güter, die ihnen bisher möglich waren, nicht mehr oder nur mit größeren Aufwen-

1) Lukes, Verständnis aaO (222 ff).

2) Da die Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand des Vertrages sein muß, kommt hier nur eine Beschränkung der wirtschaftlichen Entschlüßungsfreiheit der Vertragsbeteiligten in Betracht (vgl. hierzu auch Baumbach-Hefermehl § 1 Rdz. 34; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 29); aa Ewald, WuW 1956 S. 253 ff; Günther, MA 1957 S. 42 ff, die beim Tatbestandsmerkmal Wettbewerbsbeschränkung auch die Beeinträchtigung der Freiheit gegenüberstehender Marktpartner erörtern. Dieser Gesichtspunkt kann jedoch erst bei der "Marktbeeinflussung" Bedeutung erlangen.

dungen vorgenommen werden können. ¹⁾

1.2. Gründungsvereinbarung des VDE

Die grundsätzliche Entscheidung, VDE-Bestimmungen zu erarbeiten und diese mit einem gewissen Nachdruck zu publizieren, unterfällt nach dem hier vertretenen Begriff des Kartellvertrages nicht dem Anwendungsbereich des § 1. ²⁾

Zwar ist die Ausarbeitung des VDE-Vorschriftenwerks nach § 2 Ziff. 3 a der Satzung eine der Hauptaufgaben des VDE. Diese in der Satzung getroffene Regelung wurde für die (zunächst) Beteiligten mit dem Gründungsakt, also mit der Einigung auf der Grundlage der Satzung verbindlich. ³⁾

Gegen die Einordnung der Gründungsvereinbarung als Rechtsgeschäft bestehen heute kaum noch Bedenken. ⁴⁾ Der Streit über die Rechtsnatur im übrigen kann hier, da er nur die Auswirkungen für die Anwendbarkeit einzelner Regeln des BGB betrifft, im Rahmen der Untersuchung nach § 1 dahingestellt bleiben. ⁵⁾

Gegenstand des Gründungsvertrages ist jedoch keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1. Durch die grundsätzliche Entscheidung, VDE-Bestimmungen aufzustellen, wird die Freiheit der Beteiligten, bestimmte Handlungen bezüglich bestimmter Gü-

-
- 1) Lukes, Verständnis aaO (225).
 - 2) Der Zeitpunkt der Gründung (16.5.1949) steht der Anwendbarkeit des GWB entsprechend § 106 nicht entgegen.
 - 3) Eintragungen ins Vereinsregister am 23.3.1950.
 - 4) Vgl. die Nachweise bei Soergel-Schultze-von Lasaulx Vor § 21 Rdz. 51.
 - 5) Die Gründungsvereinbarung wird als Gesamttakt (Oertmann, Kommentar Vor 5 vor § 21), als sozialrechtlicher Konstitutivakt (Gierke, Privatrecht I § 63 I 2), als sozialrechtliche Einigung (Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht § 5 II uam), neuerdings jedoch überwiegend als Organisationsvertrag oder gemeinschaftsbegründender Vertrag bezeichnet. (Lehmann-Hübner, Allg. Teil § 61 II 1; Palandt-Gramm, § 705 Anm. 3 a).

ter vorzunehmen, noch nicht beschränkt. 1)

Da somit die Gründungsvereinbarung des VDE nicht die in § 1 erforderlichen Merkmale eines Vertrages erfüllt, unterliegt die Satzung des VDE insoweit keinen Beschränkungen durch das Kartellrecht. Die Kartellbehörde hat also auch keine - wie auch immer gearteten - Einwirkungsmöglichkeiten auf die Art der Aufstellung der einzelnen VDE-Bestimmungen. 2)

2. Aufstellung einzelner VDE-Bestimmungen

Mit dem Kartellverbot können nur die in Ausführung der grundsätzlichen Vereinbarung erarbeiteten einzelnen VDE-Bestimmungen in Konflikt kommen. Da die Aufstellung im Rahmen einer bestehenden Vereinigung erfolgt, kann es sich hierbei um einen Kartellbeschuß einer Unternehmensvereinigung handeln.

2.1. Kartellbeschlüsse

Beschlüsse sind unselbständige und abhängige Rechtsgeschäfte, die eine bereits bestehende gesellschafts- oder körperschaftsrechtliche Grundbeziehung voraussetzen. 3)

Diese Grundbeziehung wird in § 1 als Vereinigung von Unternehmen bezeichnet. 4)

-
- 1) Vgl. die im Ergebnis gleichliegenden Fälle BKA Beschluß v. 7.3.1960 "Fensterglas" WuW/E 189 ff u. Beschluß v. 5.5.1960 "Eiserne Fässer und Gefäße" WuW/E 200 ff; anders anscheinend Nissen, WuW 1960 S. 250 ff (252), der den Ermächtigungsbeschuß als Kartellbeschuß bezeichnet.
 - 2) Da hier eine Freistellung des Kartellvertrages nach § 5 Abs. I in Betracht käme, ergäben sich weitgehende Einwirkungsmöglichkeiten der Kartellbehörde nach § 12 Abs. II bereits auf den Aufstellungsvorgang.
 - 3) Heck, Gesellschaftsbeschlüsse S. 319 ff (322).
 - 4) Die Einteilung der Kartelltatbestände in Vertrag und Beschluß wird von Lukes, Kartellvertrag insb. S. 75, 111, 124, 126, 133, 149, 278 verworfen. Vielmehr bestehe ein einheitlicher Kartelltatbestand als neue und selbständige Form eines mehrseitigen Rechtsgeschäftes: eine Willensübereinkunft mit positionverschlechternden Reflexwirkungen. Da diese Überlegung ihren Ausgangspunkt in dem abweichenden Rechtsgeschäftsbegriff hat (vgl. oben S. 45 ff), kann sie für den weiteren Aufbau nicht zugrunde gelegt werden.

2.1.1. Beschlußträger

Der in das GWB neu eingeführte Begriff ¹⁾ der Unternehmensvereinigung findet sich zwar in verschiedenen Vorschriften des GWB, ist jedoch nirgends näher bestimmt oder von anderen Formen unternehmerischer Kooperation abgegrenzt.

2.1.1.1. Unternehmen

Der Begriff des Unternehmens wird zwar in verschiedenen Gesetzen verwendet ²⁾, doch besteht Einigkeit darüber, daß es keinen für alle Rechtsgebiete einheitlichen Unternehmensbegriff gibt, dieser vielmehr je nach Zweckbestimmung des Gesetzes einen verschiedenen Inhalt hat. ³⁾

Die Begründung zum Regierungsentwurf ⁴⁾ spricht sich unter Hinweis auf den Zweck des Gesetzes für einen weiten Unternehmensbegriff aus. Danach soll jede Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr genügen, ohne daß es auf die Rechtsform des Tätigwerdenden oder dessen Absicht zur Gewinnerzielung ankommt. ⁵⁾

Im Hinblick auf eine weitgehende Sicherung der Wettbewerbsfreiheit verwendet auch der BGH einen weiten Unternehmensbegriff ⁶⁾; er hat sogar ⁷⁾ die Frage angeschnitten - wenn auch ohne Stellung zu beziehen - ob nicht schon jeder Unternehmer sei, der sich verpflichtete, sich nicht als Wettbewerber zu be-

-
- 1) Die Kartellverordnung gebrauchte den Ausdruck "Zusammenschlüsse von Unternehmen", worunter nach der Klammerdefinition des § 10 Trusts, Interessengemeinschaften, Syndikate, Kartelle, Konventionen usw. verstanden wurden.
 - 2) § 16 UWG, § 15 AktG, § 67 BetrVerfG, § 2 UStG, § 17 GewO.
 - 3) Frankf.Komm., § 1 Tz. 3; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 2.
 - 4) BT-Drucks. II 1158 Abschn. C zu § 1 Ziff. 3 c.
 - 5) Auf die geringe Bedeutung des Unternehmensbegriffs im bisherigen deutschen Kartellrecht weist Lukes, Kartellvertrag S. 55, 75 ff hin.
 - 6) Urteil v. 18.11.1955 "Gesangbuch" WuW/E 127 ff (130); Urteil v. 15.12.1960 "AOK" WuW/E 419 ff (423); Urteil v. 26.10.1961 "Gummistrümpfe" WuW/E 442 ff (449).
 - 7) BGH Urteil v. 26.10.1959 WuW/E 1959 ff (360) "Glasglühkörper".

tätigen ¹⁾ oder ob überhaupt von einer Prüfung der Unternehmereigenschaft abzusehen sei. ²⁾ Demgegenüber wird im Schrifttum dem Unternehmensbegriff zumeist eine selbständige, einschränkende Bedeutung zugemessen.

Die Anwendbarkeit des § 1 wurde verneint im Hinblick auf das fehlende Tatbestandsmerkmal "Unternehmen" bei den freien Berufen ³⁾, der Urheber und Erfinder ⁴⁾, für Institutionen des öffentlichen Rechts ⁵⁾ und für Konzernunternehmen im Verhältnis zueinander. ⁶⁾

Dieser einengenden Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Merkmal des Unternehmens muß im Rahmen des § 1 so weit interpretiert werden, daß das Anliegen des GWB, den Wettbewerb auf allen Märkten (mit Ausnahme der im V. Teil des GWB genannten Bereiche) zu erhalten, durchgesetzt werden kann. Das bedeutet, daß jeder, der in seiner Wettbewerbsfreiheit rechtsgeschäftlich beschränkt werden kann, Unternehmer ist. ⁷⁾ Um aber dem Gesetzeswortlaut Genüge zu leisten und den Unternehmensbegriff

1) So Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 5.

2) So Lukes, Kartellvertrag S. 102.

3) Frankf.Komm., § 1 Tz. 5 mwN; Müller-Giessler, § 1 Rdz. 73; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 7; differenzierend nach Standesrecht: Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 6; aa BKA Beschluß v. 9.5.1959 "Vereidigte Buchprüfer" WuW/E 50 ff (51); BGH Urteil v. 15.12.1960 BB 1961 S. 193 f; BGH Urteil v. 20.11.1964 "Rinderbesamung II" BGHZ 42 S. 318 ff (323 f).

4) Vgl. Zusammenstellung bei BKA Mitteilung v. 15.7.1963 "Verwertungsgesellschaften" WuW/E 704 ff (708); das BKA folgt dieser Ansicht nicht.

5) Zusammenstellung bei Schmidt, BB 1963 S. 1404 ff, der dieser Ansicht nicht folgt.

6) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 16; Frankf.Komm., § 1 Tz. 38; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 6.

7) Schmidt, BB 1963 S. 1404 f; Schmidt-Huth, BB 1964 S. 1106 ff (1106); im Ergebnis ebenso Lukes, Kartellvertrag S. 302.

nicht völlig leerlaufen zu lassen, wird man als Unternehmen jede nicht rein private und sich außerhalb des Erwerbslebens abspielende Tätigkeit bezeichnen müssen. ¹⁾

2.1.1.2. Unternehmensvereinigung

Als Form des Unternehmenszusammenschlusses wird in § 1 eine Vereinigung vorausgesetzt.

Der Begriff der Vereinigung ist zwar im allgemeinen Gesellschafts- oder Körperschaftsrecht nicht gebräuchlich, wird jedoch im Schrifttum als Umschreibung des Gesellschaftsbegriffes im weiteren Sinne verwendet. ²⁾ Im Anschluß an den allgemeinen Sprachgebrauch wird man als Vereinigung den auf eine bestimmte Dauer berechneten Zusammenschluß mehrerer - selbständig bleibender - Personen verstehen, bei dem die Mitglieder zur Durchsetzung gemeinsamer Ziele in gewisse organisatorische Beziehungen zueinander treten. ³⁾ Die Anwendung dieses weiten Begriffs der Vereinigung im Rahmen des § 1 entspricht der Zielsetzung des GWB, jede rechtsgeschäftliche Kartellabsprache ungeachtet der rechtlichen Form und des organisatorischen Rahmens zu erfassen. ⁴⁾ Es besteht daher Einigkeit, daß in § 1 als Vereinigung jede verbandsmäßige Organisation ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform als Vereinigung angesehen werden kann. ⁵⁾ Dabei müssen mindestens zwei Unternehmen beteiligt sein; nehmen darüber hinaus auch Nichtmitglieder an dem Zusammenschluß teil, so

-
- 1) BKA Beschluß v. 3.5.1961 "Berufsboxer" WuW/E 357 ff (359); Mitteilung v. 15.7.1963 "Verwertungsgesellschaften" WuW/E 704 ff (708); KG WuW/E OLG 323 Beschluß v. 12.1.1960 "Ver-eidigte Buchprüfer II", zustimmend Bartholomeyczik, GemKomm. § 22 Rdz. 4; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 5.
 - 2) Enn-Lehmann, Schuldverhältnisse § 175 I; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Vor § 705 Anm. 1.
 - 3) Zöllner, Schranken S. 5; BVerfG Beschluß v. 30.10.1963 NJW 1964 S. 539 ff (539) "Politische Parteien".
 - 4) Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 8.
 - 5) Jede Anknüpfung an die äußere Organisationsform würde zu Manipulationen des Kartellverbots führen, so schon Lehnich-Fischer, § 1 KartellVO Anm. 8; Änderungsvorschläge des Bundesrates, BT-Drucks. II 1158 Anl. 2 I 1; Frankf.Komm., § 1 Tz. 17; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 11; Müller-Giessler, § 1 Rdz. 74; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 8.

berührt dies die Kennzeichnung als Unternehmensvereinigung nicht. ¹⁾ Bestritten ist jedoch, ob der gemeinsame Zweck der Unternehmensvereinigung auf eine Beschränkung des Wettbewerbs gerichtet sein muß. ²⁾ Eine derartige Einschränkung des Vereinigungsbegriffs ließe sich aus dem Gedanken heraus vertreten, auf diese Weise Vereinigungen, die für Kartellbeschlüsse nicht infrage kommen, von vornherein aus § 1 auszuklammern. Die für § 1 entscheidende Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung besitzt eine Vereinigung dann, wenn ihre Mitglieder in ihrer wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit beeinträchtigt werden. Eine rechtliche Verpflichtung zur Durchführung von Beschlüssen besteht aber nur, soweit diese im Rahmen der gemeinsamen Zweckbindung liegen. ³⁾

Aus diesem Gesichtspunkt wird man jedoch keine Einengung des Begriffs der Unternehmensvereinigung im Sinne des § 1 vornehmen können.

Einmal kann eine Vereinigung durch einen Beschluß, der den Erfordernissen einer Satzungsänderung entspricht, nicht nur generell, sondern auch für den Einzelfall abgeändert werden. ⁴⁾

Eine nicht zu Kartellzwecken gegründete Vereinigung kann daher durchaus im Einzelfall einen Kartellbeschluß fassen.

Um das untragbare Ergebnis zu vermeiden, diesen Fall nicht vom Kartellverbot erfassen zu können, müßte man den Beteiligten dann einen häufig gar nicht vorhandenen Willen entweder zu einer generellen Zweckänderung der Vereinigung oder zur Begründung

1) Nach Möhring-Lieberknecht, Ufita 29 (1959) S. 269 ff (297) genügt es nicht, daß sich einige Unternehmen an einem Verband von Nichtunternehmen beteiligen. Da jedoch auch in diesen Fällen eine Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung (wenn vielleicht auch nicht zur Marktbeeinflussung) vorliegt, ist diese Auffassung abzulehnen. Wie hier Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 20; Frankf.Komm., § 1 Tz. 19; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 9; unklar Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 11; BKA Brief v. 20.2.1960 "Doppelstecker" WuW/E 145 ff (148).

2) Frankf.Komm., § 1 Tz. 8; wohl auch Müller-Giessler, § 1 Rdz. 75.

3) Darauf weist Lukes, Kartellvertrag S. 75 hin.

4) Bei formgebundenen Satzungsänderungen muß die vorgeschriebene Form dann allerdings nachgeholt werden (Schilling-Hachenburg, § 53 Anm. 6).

gesonderter schuldrechtlicher Beziehungen (Kartellvertrag) neben der bereits bestehenden Vereinbarung unterstellen.¹⁾

Diese begrifflichen Hilfskonstruktionen werden vermieden, wenn man im Rahmen des § 1 den Begriff der Unternehmensvereinigung nicht schon von vornherein durch den verfolgten Zweck einengt.

Zum anderen müßte man den Inhalt des gemeinsamen Zwecks aus der Vereinssatzung entnehmen.

Zweckbestimmungen in Gesellschaftsverträgen oder Körperschaftssatzungen sind jedoch häufig so allgemein gehalten, daß die Beantwortung der Frage nach einem auf Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Zweck im Einzelfall auf nahezu unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen kann. Man könnte daher nur darauf abstellen, ob der Vereinszweck wettbewerbsbeschränkende Schlüsse zuläßt.²⁾

Abgesehen davon, daß auch hier jederzeit die Möglichkeit besteht, für den Einzelfall einen satzungsändernden Beschluß zu fassen, wäre mit einer derartigen Einschränkung für eine exaktere Begriffsbestimmung des Merkmals "Unternehmensvereinigung" nichts gewonnen.

Entscheidend gegen einen auf Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Zweck der Unternehmensvereinigung spricht jedoch der Umstand, daß in § 1 auch rechtlich unverbindliche Absprachen erfaßt werden.³⁾

Eine gesellschaftliche oder moralische Verpflichtung zur Durchführung satzungswidriger oder am Rande des Vereinszwecks liegende Beschlüsse im Hinblick auf ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Mitglieder wird häufig auch dann vorliegen, wenn diese im Rahmen einer völlig wettbewerbsneutralen Vereinigung gefaßt werden.

1) Für diese Konstruktion vgl. allgemein Eckstein, Bedeutung S. 248, für das GWB Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 9, 14 "Gelegenheitsgesellschaft".

2) Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 14.

3) Vgl. oben S. 48 ff (53).

Das Erfordernis eines auf Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Zwecks könnte sich allenfalls daraus ergeben, daß das Merkmal Unternehmensvereinigung im Rahmen des § 1 eine vorbereitende Typisierungsfunktion wahrnimmt.

Soweit § 1 Verträge betrifft, werden nur diejenigen Verträge erfaßt, die zu einem gemeinsamen Zweck vereinbart werden.

Für Beschlüsse hat der Gesetzgeber dieses Erfordernis nicht genannt, offenbar aus dem Gedanken heraus, daß wirksame Beschlüsse nur innerhalb des Rahmens einer Vereinigung gefaßt werden können, deren Kennzeichen ohnehin eine gemeinsame Zweckverfolgung ist.¹⁾

Das für § 1 entscheidende Merkmal des gemeinsamen Zwecks wird hier also in den Begriff der Unternehmensvereinigung vorverlagert.²⁾

Würde man für Verträge nach § 1 voraussetzen, daß die gemeinsame Zweckverfolgung in einer Wettbewerbsbeschränkung besteht, so müßte man dies folglich auch bei den Unternehmensvereinigungen im Sinne des § 1 fordern.

Das Reichsgericht hatte unter der Geltung der Kartellverordnung verlangt, daß sich der Vertragszweck auf die Marktbeeinflussung beziehen müsse und dies mit der Natur der Kartellverordnung als Mißbrauchsgesetz begründet.³⁾

Demgegenüber hatte das Kartellgericht rein objektiv darauf abgestellt, ob der Vertrag objektiv geeignet war, eine Marktbeeinflussung herbeizuführen.⁴⁾

Für das GWB stellt die weitaus hM im Hinblick auf den Wortlaut des § 1, der nur die Verfolgung eines (und nicht eines bestimmten) gemeinsamen Zwecks voraussetzt, und die Entstehungs-

-
- 1) Dies zeigt auch ein Vergleich mit § 15, der nur Verträge verbietet.
 - 2) Vgl. hierzu auch LG Düsseldorf Urteil v. 26.1.1960 "Freunde des Großhandels" WuW/E LG/AG; Kracht, Novellierung S. 31 ff (39).
 - 3) Urteil v. 7.2.1930 RGZ 128 S. 1 ff (11); Urteil v. 27.2.1934 JW 1934 S. 2403 ff (2404); Urteil v. 21.4.1936 RGZ 151 S. 139 ff (148 f). Der auf Marktbeeinflussung gerichtete Zweck umfaßt dabei notwendig den Zweck auf Wettbewerbsbeschränkung.
 - 4) Urteil v. 14.5.1925, Kartellrundschaue 1925 S. 344 ff (345 f); Urteil v. 15.3.1927, Kartellrundschaue 1927 S. 395 ff (398); weitere Nachweise bei Lukes, Kartellvertrag S. 68 Fn 31.

geschichte ¹⁾ nur darauf ab, daß durch die gemeinsame Zweckverfolgung objektiv eine Eignung zur Marktbeeinflussung besteht, ohne daß der Zweck auf Beschränkung des Wettbewerbs gerichtet sein muß. ²⁾

Demgegenüber ist im Hinblick auf die Bonbonniere-Entscheidung des BGH ³⁾ zur Kollision von § 1 mit § 112 HGB und die Doppelsteckerentscheidung des Bundeskartellamts ⁴⁾ in der Literatur gefordert worden, daß der gemeinsame Vertragszweck kein neutraler sein dürfe, sondern die Wettbewerbsbeschränkung umfassen müsse. Daher sollten im Rahmen des § 1 Verträge ausscheiden, bei denen der von den Parteien individuell oder gemeinschaftlich verfolgte Zweck auf die Erreichung anderer wirtschaftlicher oder außerwirtschaftlicher Ziele gerichtet sei und die daneben vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung zur loyalen Durchsetzung dieses Vertrages diene. ⁵⁾

Die damit eingeführte Differenzierung nach den Interessen der Beteiligten ist jedoch mit dem Sinn des Verbots wettbe-

-
- 1) Eindeutig für eine objektive Eignung: Begr. zum Reg.Entwurf, BT-Drucks. II 1158 S. 24 f, 30.
 - 2) Ballerstedt, JuS 1963 S. 253 ff (263); Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 17, 45; v. Gamm WRP 1962 S. 189 f (190); Mayer-Wegelin, Wirtschaftskommentator § 1 Anm. 4; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 32; Klaue, BB 1964 S. 538 ff; Müller-Gries, § 1 Rdz. 18; Rasch, 2. Aufl. § 1 Anm. 11; Rinck, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 179 Rdz. 618.
 - 3) BGH Urteil v. 6.12.1962 NJW 1963 S. 646.
 - 4) Brief v. 20.2.1960 "Doppelstecker" WuW/E BKA 145 ff.
 - 5) Lieberknecht-Gnauk, BB 1963 S. 1067 ff; ebenso Gleiss-Hootz, NJW 1963 S. 1338 ff, wohl auch LG München Urteil v. 12.7. 1965 BB 1965 S. 1050 f; wohl auch Frankf.Komm., § 1 Tz. 8, 26; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 16 u.WuW 1963 S. 877 ff (879), die verlangen, daß die Wettbewerbsbeschränkung Bestandteil des gemeinsamen Zweckes sein muß, andererseits zur Marktbeeinflussung ausdrücklich die objektive Eignung genügen lassen. Wenn der Zweck aber auf Wettbewerbsbeschränkung gerichtet ist, so ist wohl kaum ein Fall denkbar, daß der Zweck nicht auf die Marktbeeinflussung gerichtet ist. Die Argumentation von Müller-Henneberg aaO, daß in den Fällen der §§ 2 - 8 in aller Regel der gemeinsame Zweck auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet ist, beweist nicht, daß er auch zu den tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschriften gehört.

werbsbeschränkender Abreden nicht vereinbar.

In § 1 sollen Vereinbarungen verhindert werden, in denen die Beteiligten ihre möglichen wirtschaftlichen Handlungen durch gemeinsame Abmachung beschränken. Abgesehen von dem wie auch immer gearteten Schutzzweck ¹⁾ des § 1 treten Störungen im wirtschaftlichen Handlungsablauf der Marktbeteiligten wie auch im Markt als wirtschaftlichem Handlungsablauf immer dann auf, wenn die Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch die Vereinbarung unter den Beteiligten erfolgt. Die damit verfolgten Zwecke sind für den eingetretenen Erfolg dagegen unerheblich.

Für das GWB besteht Einigkeit darüber, daß in § 1 nicht nach vernünftigen oder unvernünftigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne einer rule of reason unterschieden werden soll. ²⁾ Mit einer Differenzierung nach den verfolgten Zwecken würde dies jedoch im Ergebnis wieder in den Tatbestand des § 1 eingeführt.

Zum anderen würde ein derartiges Abstellen auf den verfolgten Zweck in den meisten Fällen auch nicht die erwünschte Anwendung des § 1 GWB verhindern können. Dies zeigt die Doppelsteckerentscheidung, die von jener Auffassung gerade als Ausgangspunkt ihrer Überlegungen genommen wurde. ³⁾

1) Vgl. oben S. 53.

2) Dazu genauer unten S. 104.

3) Gegenstand der Überprüfung des Kartellamts war die Übereinkunft zur Förderung VDE-gemässer elektrotechnischer Erzeugnisse und Installationen, in denen sich die Beteiligten (dazu näher oben S. 32) u.a. dazu verpflichteten, ihren Mitgliedern zu empfehlen, nur noch VDE-gemässe Erzeugnisse herzustellen, zu handeln, zu installieren, zuzulassen und zu verwenden. Anlaß der Überprüfung waren die Empfehlungen, bezogen auf die in VDE 0100 § 31 Nc verbotenen Doppelstecker, die aufgrund dieser Übereinkunft ergingen.

Der von den Verbänden im Doppelsteckerfall verfolgte Zweck war nach dem erklärten Willen der Beteiligten darauf gerichtet, daß die Doppelstecker von allen Märkten verschwinden sollten. Damit war eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungen aber gerade der von den Beteiligten verfolgte Zweck.

Die Beteiligten ließen sich dabei allenfalls von außerwirtschaftlichen Motiven leiten. Für die Bestimmung des Vertragszweckes besteht jedoch Einigkeit, daß dabei nicht auf die Motive der Beteiligten abgestellt werden kann.¹⁾

Selbst im Hinblick auf die erstrebten Ergebnisse kann diese Auffassung daher nicht befriedigen.

Mit der hM ist daher davon auszugehen, daß der von den Vertragsbeteiligten verfolgte Zweck im Rahmen des § 1 unerheblich ist. Infolgedessen kann es für den Begriff der Unternehmensvereinigung auch keine Rolle spielen, ob der Zweck der Vereinigung auf Beschränkung des Wettbewerbs oder auf andere

1) Vgl. hierzu RGRK, Vor § 705 Anm. 1.

Ziele gerichtet ist. 1)

-
- 1) Da es somit auf den Inhalt des gemeinsamen Zwecks der Unternehmensvereinigung nicht ankommt, spielt es daher auch keine Rolle, ob der Unternehmensvereinigung Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen angehören. Bei Verträgen wird in der Literatur vielfach vertreten, daß bei Vereinbarungen von Unternehmen, die nicht der gleichen Wirtschaftsstufe angehören, meist der gemeinsame Zweck fehle. Da in diesen Fällen jede Partei nur den Ausschluß der Wettbewerber der eigenen Seite erstrebe, liege nur eine gemeinsame Verfolgung verschiedener Zwecke vor. Ein gemeinschaftliches Mittel in der Verfolgung verschiedener Zwecke könne jedoch nicht als gemeinsamer Zweck im Sinne des § 1 angesehen werden, da dieser Umstand in der Regel auch bei reinen Austauschverträgen vorliege. (Vgl. so Lukes, Kartellvertrag S. 84; vgl. auch Kracht, Novellierung S. 31 ff (39); dagegen BGH Urteil v. 29.1.1951 NJW 1951 S. 308 f, wo eine Gemeinsamkeit im verfolgten Mittel als ausreichend angesehen wurde. Dem BGH stimmt Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 16 zu. Daß bei der Feststellung des gemeinsamen Zwecks auf die Interessen der Beteiligten abzustellen ist, wird jedoch heute allgemein vertreten, vgl. Ballerstedt, JuS 1963 S. 253 ff (255); Esser, Schuldrecht S. 716, konkludent auch BGH Urteil v. 20.5.1966 "Zimcofot" WuW/E 810 ff (814)).
- Dabei wird aber nicht berücksichtigt, daß bei einer lediglich horizontalen Absprache für die Kartellbeteiligten die Gefahr besteht, daß die anderen Wirtschaftsstufen nicht nur auf Kartellaußenseiter der betreffenden Wirtschaftsstufe ausweichen, sondern (sofern die Kartellabsprache nahezu alle Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe vereint) auch selbst in die Wirtschaftsstufe der Kartellbeteiligten eindringen. Durch die Kombination von horizontalen und vertikalen Absprachen kann daher ein möglicher Wettbewerb der anderen Wirtschaftsstufe im eigenen Bereich vermieden werden. Dann wird man aber eine den verschiedenen Wirtschaftsstufen gleiche Zweckverfolgung annehmen müssen (das BKA hat in ähnlichen Fällen den gemeinsamen Zweck in einer Sicherung und Ordnung des Marktes gesehen, vgl. Bericht 1960 S. 18, BT-Drucks. III 2732 "Saatzuchtbetrieb u. Händlerverband", vgl. ferner BGH Urteil v. 26.10.1961 WuW/E 442 ff (449) "Krankenkasse u. Heilmittelverband").

2.1.1.3. VDE als Kartellbeschlußsträger

Der Verband Deutscher Elektriker, ein eingetragener Verein des Privatrechts, kommt danach als Vereinigung von Unternehmen im Sinne des § 1 in Betracht.

Unter den 840 korporativen Mitgliedern ¹⁾ finden sich in erster Linie Energieversorgungsunternehmen, Hersteller von Energieanlagen und Verbrauchsgerten, unter den rund 24.000 persönlichen Mitgliedern eine Vielzahl von Installateuren, die alle als Unternehmer nach § 1 anzusehen sind. Die Mitgliedschaft von zahlreichen anderen Personen (Beamte, Hochschullehrer, Studenten), die nicht die Merkmale des Unternehmensbegriffes erfüllen, kann an dem Charakter als Unternehmensvereinigung nichts ändern.

Da die Art des von der Vereinigung verfolgten Zwecks im Rahmen dieses Begriffsmerkmals unerheblich ist, spielt es hier keine Rolle, daß neben Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe auch Unternehmen der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufe beteiligt sind.

2.1.2. Beschlußorgane

In § 1 Abs. I wird als Rechtsträger des Beschlusses die Unternehmensvereinigung genannt, ohne daß dabei festgelegt wird, welche Organe der Vereinigung für die Beschlußfassung in Betracht kommen.

Der Wortlaut des § 1 Abs. II läßt demgegenüber die Möglichkeit eines gegenteiligen Schlusses zu, daß nämlich Beschlüsse, die von anderen Organen als der Mitgliederversammlung gefaßt werden, nicht als Beschlüsse im Sinne des § 1 Abs. I gelten. ²⁾

Dafür scheint ferner die vom Bundesrat gegebene Begründung zu einem Änderungsvorschlag des § 1 zu sprechen, wonach diese Regelung dazu dienen sollte, "um Zweifel auszuschließen, daß auch Beschlüsse von Mitgliederversammlungen juristischer Per-

1) Vgl. oben S. 5.

2) Held, Rechtsformen S. 29; ebenso anscheinend Ewald, WuW 1956 S. 253 ff (255) zum Änderungsvorschlag; ebenso wohl Frankf. Komm., § 1 Tz. 18.

sonen, sofern sie nicht Organbeschlüsse sind, unter § 1 fallen".¹⁾

Da der Wortlaut des § 1 Abs. II die Möglichkeit offen läßt, ob es sich hier um eine abschließende Regelung und nicht nur um eine beispielhafte Angabe eines Beschlößorgans handelt, kommt der Begründung des Bundesrates, die sich der Bundestag durch Aufnahme des § 1 Abs. II in das GWB zu eigen gemacht hat, erhebliche Bedeutung zu.

Wörtlich genommen hat diese Begründung zwar keinen vernünftigen Sinn, da der von der Mitgliederversammlung gefaßte Beschluß stets ein Organbeschluß ist²⁾, doch lassen sich sinngemäß zwei verschiedene Deutungen in Betracht ziehen.

Einmal kann es der Wille des Bundesrates gewesen sein, mit § 1 Abs. II festzustellen, daß eine Freistellung vom Kartellverbot für jeden Beschluß einer Vereinigung gilt, der von einem anderen Organ als der Mitgliederversammlung gefaßt ist (unabhängig davon, worauf die Befugnis des Organs beruht, den Mitgliedern Kartellpflichten aufzuerlegen).³⁾

Eine derartige Regelung widerspräche allerdings der bisherigen Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum zur Kartellgesetzgebung. Unter der Geltung der Kartellverordnung war allgemein anerkannt, daß Kartellbeschlüsse auch von besonderen Ausschüssen, Kommissionen, Vorständen und sonstigen Organen gefaßt werden konnten, sofern diese hierzu nach Gesetz, Vertrag oder Satzung kompetent waren.⁴⁾

1) BT-Drucks. II 1158 Anl. 2 I 1.

2) Die Mitgliederversammlung ist ein Organ der juristischen Person, § 32 BGB,

3) In der Literatur wird dieses dem Sinn und Zweck des GWB zuwiderlaufende Ergebnis zum Teil allerdings dadurch vermieden, daß der Organbeschluß materiellrechtlich der delegierenden Mitgliederversammlung zugeordnet wird. Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 21; Lukes, Kartellvertrag S. 304; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 14.

4) Callmann, Kartellrecht S. 301; Lehnich-Fischer, § 1 Anm. 5; Pitz, Kartellrundschaу 1928 S. 69 ff (70).

Die Beschränkung des Tatbestandes des § 1 auf von Mitgliederversammlungen gefaßte Beschlüsse würde außerdem die Möglichkeit zu einer weitgehenden Umgehung des Kartellverbots durch umfassende Übertragung der Regelungsbefugnisse der Mitgliederversammlung auf andere Beschlüßorgane geben. ¹⁾

Es liegt daher nahe, die Begründung des Bundesrates, "sofern sie nicht Organbeschlüsse sind", lediglich als erläuternden Hinweis zu verstehen, daß Beschlüsse eines anderen Organs als der Mitgliederversammlung als Kartellbeschlüsse nicht in Betracht kommen, wenn sich ihre inhaltliche Regelung auf die dem Organ nach dem Gesetz zugestandenene Regelungsbefugnisse beschränkt. Eine derartige Aussage des Bundesrates wäre immerhin sachlich zutreffend, da nach dem Gesellschafts- oder Körperchaftsrecht nur die Mitgliederversammlung und nicht andere Organe zur Begründung und Ausgestaltung von Mitgliedspflichten zuständig sind. ²⁾

Für die Auslegung des § 1 Abs. II ist daher davon auszugehen, daß der Gesetzgeber ausgehend von der gesetzlichen Regel das typische Beschlüßorgan für die Ausgestaltung von Mitgliedsbindungen hervorgehoben hat, ohne damit auszuschließen, daß auch andere Organe aufgrund der ihnen satzungsgemäß zugewiesenen oder übertragenen Regelungsbefugnisse Beschlüsse im Sinne des § 1 fassen können. ³⁾

Der Aufstellungsvorgang von VDE-Bestimmungen vollzieht sich in mehreren Stufen von den Arbeitsausschüssen und den Kommissionen über die Vorschriftenstelle, den Technischen Ausschuß und

-
- 1) Diese Bestimmung in der Satzung bzw. ein derartiger satzungsändernder Beschluß wäre mangels konkreter Wettbewerbsbindung der Mitglieder (Gegenstandstheorie) unbeachtlich: Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 14 und oben S. 54 ff.
 - 2) Vgl. §§ 26 Abs. II, 32 BGB für den Verein; für die BGB-Gesellschaft Staudinger-Kessler, § 709 Anm. 9. Vgl. allgemein Zöllner, Schranken S. 14.
 - 3) Im Ergebnis ebenso Dethloff, Kartellbeschluß S. 54; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 14; die Frage, inwieweit Beschlüsse eines nicht ermächtigten Vorstands unter § 1 fallen, berührt demnach nur die Wirksamkeit des Kartellbeschlusses.

den Vorstand. ¹⁾

Die endgültige Verabschiedung ausgearbeiteter Bestimmungen erfolgt dabei durch den Vorstand. Das ist zwar nicht ausdrücklich in der Satzung bestimmt, da in § 8 Ziff. 7 die Befugnisse des Vorstands nur ganz allgemein mit der "Leitung des VDE" umschrieben sind. Es ergibt sich jedoch aus VDE oo22/1.64 Ziff. 2.3.1., wonach VDE-Bestimmungen der Genehmigung durch den Vorstand bedürfen und erst nach dessen Genehmigung im Namen des Vorstandes veröffentlicht werden dürfen. Daß es sich hierbei um eine ursprüngliche Aufgabe des Vorstandes handelt, die sich nicht aus den Befugnissen der Mitgliederversammlung herleitet, ist nach den obigen Ausführungen entgegen dem Wortlaut des § 1 Abs. II unerheblich.

2.1.3. Beschlußmerkmale

Ogleich schon die Kartellverordnung ²⁾ den Kartellbeschluß als eine Form wettbewerbsbeschränkender Bindung kannte, finden sich in der Literatur nur gelegentlich Hinweise auf dessen Rechtsnatur, die sich zumeist auf die Feststellung beschränken, daß Beschlüsse das Bestehen einer Organisation voraussetzen, die satzungsgemäß deren Zustandekommen durch Stimmabgabe nach Gegenstand und Art der Beschlußfassung regelt. ³⁾

Damit wird stillschweigend eine Übereinstimmung mit den allgemeinen Merkmalen des Beschlusses vorausgesetzt. ⁴⁾

2.1.3.1. Allgemeine Merkmale

Der Beschluß wird zunächst als eine Willensübereinkunft mehrerer Rechtsobjekte gekennzeichnet, die durch eine gesetzliche, gesellschaftsvertragliche oder körperschaftliche Grund-

1) Vgl. oben S. 9 ff.

2) RGBl. I 1923 S. 1067, ber. 1090 idF vom 15.7.1933, RGBl. I S. 487.

3) Frankf.Komm., § 38 Tz. 18; Müller-Henneberg, GemKomm. Rdz. 14 Nr. 3.

4) So ausdrücklich Lucas, Kartellrundschaу 1927 S. 4 ff (4).

beziehung miteinander verbunden sind. ¹⁾

Die Beteiligten geben gleichläufige Erklärungen ab zur Bildung eines einheitlichen, für die Gemeinschaft maßgeblichen Willensinhaltes. ²⁾

Inhaltlich sind die häufigsten Beschlüsse Ausführungsbeschlüsse, in denen die der Ausfüllung fähigen und bedürftigen Bestimmungen der Grundbeziehung (Satzung) konkret ausgestaltet werden. ³⁾ Neben einer Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Mitglieder betreffen die Ausführungsbeschlüsse vor allem die nähere Inhaltsbestimmung der in der Satzung nur allgemein umschriebenen Vereinszwecke.

Daraus ergibt sich, daß die Wirkung des Beschlusses auf die inneren Rechtsverhältnisse der Vereinigung bezogen ist; Außenwirkungen können davon nur mittelbar durch selbständige Rechtsgeschäfte in Verwirklichung des Beschlusses hervorgehen.

Andererseits sind satzungsausführende Beschlüsse bindend nicht nur für die an der Beschlußfassung beteiligten Mitglieder - gleichgültig, ob sie selbst zugestimmt haben oder nicht (es sei denn, es ist ausnahmsweise Einstimmigkeit erforderlich) ⁴⁾ - sondern für alle Mitglieder der Vereinigung.

2.1.3.2. Kartellrechtliche Merkmale

Gegenüber diesen Merkmalen des allgemeinen Beschlußbegriffes weist der Kartellbeschluß einige Besonderheiten auf.

Aus dem Gedanken eines umfassenden Schutzes vor rechtsgeschäftlicher Beeinträchtigung könnte sich das Erfordernis ei-

1) Würdinger, Personalgesellschaften S. 113.

2) Ausführlich zur Rechtsnatur des Beschlusses Bartholomeyczik, ZHR 105 (1958) S. 293 ff (330 ff).

3) Die beiden anderen Hauptkategorien, ordnungs- und satzungsändernde Beschlüsse sollen hier nicht weiter erörtert werden, vgl. Schilling-Hachenburg, § 3 GmbHG Rdz. 34.

4) Das Körperschaftsrecht wird allgemein vom Mehrheitsprinzip beherrscht, §§ 133 AktG, 53 II GmbHG, 16 II GenG, 32 u. 33 BGB; im Recht der Personalgesellschaften gilt zwar grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip, doch sind diese Vorschriften (§§ 709 II BGB, 119 II HGB) dispositiv.

ner einstimmigen Beschlußfassung ergeben. ¹⁾

Die freie Willensentschließung der Unternehmer im Hinblick auf ihre Kartellbindung wird besonders geschützt in §§ 11 Abs. II S. 2 und 25 Abs. III Nr. 1.

§ 11 Abs. II will eine auf Mehrheitsbeschluß beruhende Verlängerung eines bestehenden Kartells mit Wirkung für die widerstrebenden Mitglieder verhindern ²⁾: jedes einzelne Kartellmitglied soll über die Kartellmitgliedschaft frei entscheiden.

Diese Bestimmung bezieht sich jedoch ihrem eindeutigen Wortlaut nach nur auf die Verlängerung, nicht aber auf die Änderung oder die inhaltliche Ausgestaltung eines Kartells. Für eine sinngemäße Anwendung auf Ausführungsbeschlüsse besteht kein Anlaß, da einem bestehenden Kartell jedes Mitglied freiwillig beigetreten sein muß (§ 25).

§ 25 Abs. II Nr. 1 soll vor allem verhindern, daß bestehende Kartelle auf Außenseiter Zwang ausüben, einem Vertrag im Sinne der §§ 2 ff beizutreten. Für einen Schutz der Außenseiter nach erfolgtem freiwilligen Beitritt vor Mehrheitsbeschlüssen der Mitglieder bietet § 25 keinen Anhaltspunkt.

Für Ausführungsbeschlüsse ³⁾ enthält damit § 1 keine vom allgemeinen Gesellschafts- und Körperschaftsrecht abweichende Regelung der Stimmenverhältnisse. ⁴⁾

Von § 1 werden nicht alle Rechtsgeschäfte, sondern nur diejenigen mit bestimmten Inhalten erfaßt. ⁵⁾ Inhalt und Gegenstand des Beschlusses muß daher eine Wettbewerbsbeschränkung

1) Dazu Held, Rechtsformen S. 27 f.

2) Dörinkel, GemKomm. § 1 Rdz. 3.

3) Dagegen wird man für satzungsändernde Kartellbeschlüsse Einstimmigkeit fordern müssen. Wenngleich auch hier ein freiwilliger Beitritt erfolgt, bedeutet die Satzungsänderung für die überstimmte Minderheit die gleiche psychologische Wirkung wie ein Beitritt. Der Gedanke des § 25 II 1 muß daher auch hier durchgreifen, vgl. auch Dethloff, Kartellbeschluß S. 30; Held, Rechtsformen S. 28.

4) Daß das GWB von der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen ausgeht, ergibt sich aus dem Kündigungsrecht nach § 13 I 2 bei einer beschlußmäßigen, sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung eines Mitglieds, die bei Einstimmigkeit nicht praktisch werden könnte.

5) Vgl. oben S. 54 ff.

sein.

Aus der Einordnung der Beschlüsse als Rechtsgeschäft entnimmt die herrschende Lehre auch bei Kartellbeschlüssen das Erfordernis eines Rechtsbindungswillens.¹⁾ Aus der besonderen Zwecksetzung des GWB ist das Vorliegen einer für das Zustandekommen einer Kartellvereinbarung erforderlichen Willenserklärung aber auch dann anzunehmen, wenn keine rechtliche, sondern nur eine außerrechtliche Verpflichtung herbeigeführt werden soll.²⁾

Ein Kartellbeschuß liegt daher auch dann vor, wenn zwar keine rechtlichen, wohl aber gesellschaftliche, wirtschaftliche oder moralische Bindungen der Mitglieder begründet werden sollen.³⁾

2.1.3.3. Wettbewerbsbeschränkende VDE-Beschlüsse

Die Aufstellung von VDE-Bestimmungen zeigt das äußere Gepräge von Vereinsbeschlüssen im oben aufgezeigten Sinne.

Die Vorstandsmitglieder, die über die endgültige Fassung zu entscheiden haben, geben bei der Verabschiedung (still-

-
- 1) Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen oder konkludenten Gleichsetzung mit Kartellverträgen, bei denen ein Rechtsfolgswille vorausgesetzt wird, vgl. oben S. 39 Fn 1.
 - 2) Vgl. oben S. 48 ff.
 - 3) So ausdrücklich für den Kartellbeschuß: LG Düsseldorf Urteil v. 26.1.1960 "Freunde des Großhandels" WuW/E LG/AG 159 ff (161); Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 490; im Ergebnis ebenso Benisch, B 1957 S. 789 ff (789); Benken-dorff, WRP 1962 S. 313 ff (313), die aber wechselseitige Empfehlungen annehmen. So läßt sich auch die Begründung zum Reg.Entw. (BT-Drucks. II 1158) sinnvoll einordnen: "Es ist aber auch möglich, daß ein Zusammenschluß mehrerer Unternehmer, der nach seiner Satzung zunächst keine Kartellzwecke verfolgt (z.B. Fachverband) im Einzelfall einen Beschluß faßt, der den übrigen Voraussetzungen des § 1 entspricht." Lukes, Kartellvertrag S. 126 f hat zurecht darauf hingewiesen, daß aber Beschlüsse nur dann eine rechtliche Durchführungspflicht begründen, wenn sie innerhalb der Zwecksetzung liegen.

schweigend) gleichläufige Willenserklärungen ab, daß der jeweilige Entwurf von einem bestimmten Zeitpunkt an als die maßgebliche VDE-Bestimmung gelten soll. Mit Verabschiedung durch den Vorstand wird für alle Mitglieder festgestellt, daß dies die endgültige Fassung der VDE-Bestimmung ist.

Jedoch sind nicht alle im Rahmen einer Unternehmensvereinigung getroffenen Vereinbarungen, die das äußere Gepräge einer Abstimmung aufweisen, als Beschlüsse der Unternehmensvereinigung aufzufassen. Angesichts der komplexen wirtschaftlichen Beziehungen der in einer solchen Vereinigung verbundenen Unternehmen sind vielfältige Absprachen der Beteiligten möglich, die nur aus Anlaß der Unternehmensvereinigung getroffen werden.

Wenngleich die Verabschiedung von VDE-Bestimmungen nicht zu den ausdrücklich in der Satzung des VDE festgelegten Aufgaben des Vorstandes ¹⁾ gehört, erfolgt die Entscheidung über deren Geltung durch den Vorstand nicht nur aus Anlaß der Vereinigung.

Beschlüsse einer Vereinigung liegen dann vor, wenn die Übereinkunft noch oder vermeintlich noch im Rahmen der Zwecksetzung der Vereinigung liegt.

Aufgabe des VDE ist nach § 2 Ziff. 3 a der Satzung die Ausarbeitung und Auslegung des Vorschriftenwerks. Da die Verabschiedung von VDE-Bestimmungen traditionell durch den Vorstand erfolgt, ist dies als eine Maßnahme der Leitung des VDE nach § 8 Ziff. 7 der Satzung anzusehen.

1) Die Satzung legt in § 8 Ziff. 7 - 12 die Aufgaben des Vorstandes nur im Hinblick auf die Delegiertenversammlung im einzelnen fest, beschränkt sich im übrigen aber auf die Feststellung, daß der Vorstand den VDE leitet (Ziff. 7) und gibt dem Vorstand in Ziff. 12 ein Entscheidungsrecht anstelle der Delegiertenversammlung, sofern ein Eilfall vorliegt. Die Delegiertenversammlung entscheidet (für den hier interessierenden Bereich) nach § 9 Ziff. g aber nur über die Richtlinien, nach denen die Geschäfte des VDE zu führen sind.

Die Bedeutung der Verabschiedung der einzelnen VDE-Bestimmungen erschöpft sich jedoch nicht in der (formalen) Feststellung, daß dies eine formgültig zustande gekommene Bestimmung des VDE sei.

VDE-Bestimmungen sollen nach dem Willen der im Verband zusammengeschlossenen Fachleute und Institutionen dazu dienen, Leib, Leben und Sachen auf bestmögliche Weise beim Erzeugen, Übertragen, Speichern und Anwenden elektrischer Energie zu schützen. ¹⁾

Daraus ergibt sich zunächst nur, daß VDE-Bestimmungen Vorschriften für Gegenstandsbeschaffenheiten und Verhaltensweisen zur Erzielung eines ordnungsgemäßen Zustandes in Elektrobereichen enthalten.

Diese Aussage kann jedoch nicht beziehungslos neben dem Vereinszweck stehen. Zwar ist der Zweck des VDE in § 2 Ziff. 1 nur sehr allgemein umschrieben als

die Pflege und Förderung der technischen Wissenschaften und ihrer Anwendungen,
die Vertretung der Belange der Elektrotechnik nach außen, die Hebung des Ansehens der Elektrotechniker und des Verantwortungsbewußtseins der Mitglieder gegenüber der Allgemeinheit.

Da diese von allen Mitgliedern gemeinsam angestrebten Ziele jedoch offenkundig nur durch ordnungsgemäße Zustände in allen Bereichen der Elektrotechnik erreicht werden können, andererseits VDE-Bestimmungen nach dem Willen der Beschlußfassenden die dazu bestmöglichen technischen Regelungen enthalten, folgt daraus, daß VDE-Bestimmungen vor allem den Mitgliedern des Verbandes Richtlinien für ihr künftiges Verhalten geben sollen.

1) VDE 0022/1.64 Ziff. 1.2.

2.1.3.3.1. Beachtungspflicht

Kennzeichen eines Kartellbeschlusses ist die rechtliche oder gesellschaftliche Verpflichtung zur Befolgung des vereinbarten Verhaltens.

Für eine mitgliedschaftsrechtliche Verpflichtung zur Befolgung (zumindest eines Teils) der VDE-Bestimmungen spricht § 5 Ziff. 5 der Satzung.

Danach haben die Mitglieder die Pflicht, die Satzung sowie die von den Organen im Rahmen der Satzung gefaßten Beschlüsse zu befolgen und den VDE bei der Erfüllung der satzungsgemäßen Aufgaben zu unterstützen.

VDE-Bestimmungen werden von einem Organ des VDE (Vorstand) erlassen; dies erfolgt zur Erreichung des in der Satzung festgelegten Zwecks der Hebung der Verantwortlichkeit der in der Elektrotechnik Tätigen, da (zumindest) VDE-Vorschriften die zur Erzielung der notwendigen Sicherheit zwingenden technischen Anforderungen enthalten. ¹⁾

Für eine Verbindlichkeit spricht auch VDE oo22/1.64 Ziff. 3.2., wonach es nur in Ausnahmefällen unter besonderen Umständen vertretbar sein kann, von bestimmten Anforderungen abzugehen.

Die Auffassung von einer (zumindest) mitgliedschaftsrechtlichen Verbindlichkeit von VDE-Vorschriften ist auch bei Elektrotechnikern weit verbreitet. ²⁾

Gegen eine derartig weite Auslegung der Mitgliedspflichten bestehen jedoch Bedenken.

VDE-Vorschriften umfassen mehr oder weniger vollständig alle Bereiche des Herstellens, Errichtens und Betreibens elektrischer Anlagen und Verbrauchsgeräte. Damit wird nahezu das ge-

1) VDE oo22/1.64 Ziff. 1.3.1..

2) Vgl. oben S. 2o ff.

samte berufliche Verhalten im Bereich der Elektrotechnik erfaßt. Für die Auferlegung derartig weitgehender Verpflichtungen erscheint die Bestimmung der Mitgliedspflichten zu allgemein gefaßt, um daraus Rechtspflichten herzuleiten.

VDE-Bestimmungen sollen nach dem Willen der Aufstellenden wohl auch keine mitgliedsrechtlichen Befolgungspflichten begründen. Dafür wäre mindestens Voraussetzung, daß den Mitgliedern der Inhalt neuer VDE-Bestimmungen ständig zur Kenntnis gebracht wird. Zwar werden Neuerscheinungen (ebenso Änderungen und Ergänzungen) von VDE-Bestimmungen im amtlichen Teil des Bundesanzeigers und in der Elektrotechnischen Zeitschrift angekündigt. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts setzt jedoch den Bezug des Textes der einzelnen Bestimmungen voraus, was aber in das Belieben jedes Mitglieds gestellt ist.

Auch sind VDE-Bestimmungen nicht klar nach Muß-, Soll und Kannbestimmungen aufgeteilt.

Daraus wird man entnehmen müssen, daß eine rechtliche Verpflichtung zur Beachtung einzelner Bestimmungen durch die Mitglieder nicht begründet werden soll. ¹⁾

Für das Ausmaß der Bindung bietet § 5 Ziff. 5 letzter Halbsatz der Satzung den geeigneten Ansatz, wonach Mitgliedspflichten nach bestem "Können" zu erfüllen sind. Die Mitglieder werden also zur Einhaltung der VDE-Bestimmungen nicht rechtlich verpflichtet, es wird ihnen jedoch deutlich zu erkennen gegeben, daß von ihnen als verantwortungsbewußten Elektrotechnikern die Einhaltung aller VDE-Bestimmungen erwartet wird.

Der Verstoß gegen VDE-Bestimmungen wird danach als ein Verstoß gegen die Verbandsmoral gewertet. ²⁾

1) Im Ergebnis ebenso Sachs, Elektrizitätswirtschaft 1955 S. 582 ff (583).

2) Indiz dafür ist der Umstand, daß sich der VDE von allen in der Elektrizitätswirtschaft tätigen Erzeuger- und Handelsverbänden über Verstöße gegen VDE-Bestimmungen unterrichten läßt, vgl. Ziff. 4 der Übereinkunft v. 24.2.1959 Nr. 160 S. 3, zum Teilnehmerkreis oben S.32 Fn 5. Entsprechend wurden dem Verfasser bei Kontakten mit maßgeblichen Mitgliedsunternehmen stets dieselben Mitgliedsfirmen genannt, die sich in letzter Zeit Verstöße gegen VDE-Bestimmungen hatten "zuschulden kommen lassen".

Neben einem möglichen Ausschluß aus dem VDE kann die (nicht nur völlig geringfügige) Abweichung von VDE-Bestimmungen den Betreffenden bei den übrigen Mitgliedern in den Geruch der Verantwortungslosigkeit bringen. Das sich hieraus ergebende Mißtrauen und die gesellschaftlichen Vorbehalte können angesichts der sowohl horizontal als auch vertikal strukturierten Mitgliedschaft des VDE weitreichende wirtschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen. ¹⁾

Die für einen Kartellbeschluß ausreichende gesellschaftliche Verpflichtung des festgelegten Verhaltens ist bei VDE-Bestimmungen daher zu bejahen.

2.1.3.3.2. Wettbewerbsbeschränkender Inhalt

Um als Beschlüsse im Sinne des § 1 gekennzeichnet zu werden, ist erforderlich, daß Gegenstand und Inhalt der VDE-Bestimmungen Wettbewerbsbeschränkungen sind.

Soweit das Vorschriftenwerk dabei allgemeine Hinweise auf den Betrieb elektrischer Anlagen und Verbrauchsgeräte enthält ²⁾ oder nur bestimmte technische Begriffe erklärt werden, liegt nicht der für Beschlüsse im Sinne des § 1 erforderliche Inhalt vor, da keine Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Mitglieder denkbar ist.

1) Bezeichnend dafür ist, daß VDE-widrige Konstruktionen fast ausschließlich von Nichtmitgliedern angeboten werden, so z.B. die in VDE 00100/12.65 § 31 Nr. 1 verbotenen Doppelstecker, die nur von dem Nichtmitglied Fa. Kopp, Kahl (Main) angeboten werden. Andererseits weisen die Verkaufskataloge 1968/1 der Mitgliedsfirmen Kabelmetal, Siemens, Felten und Guilleaume z.B. für isolierte Starkstromleitungen nur VDE-gemäße Ausführungen auf. (Zur Mitgliedschaft vgl. oben S. 10.)

2) Z.B. VDE 0105 Teil 1/8.64 § 4 a, Arbeitskräfte sind mit den Betriebsvorschriften für Starkstromanlagen vertraut zu machen; VDE 0210/5.62 § 10, Maße für den Durchhang von Starkstromleitungen, § 19, Maßnahmen gegen Vogelschutz; VDE 0412 Teil 1/12.66 § 13, Hinweise auf die erforderlichen Genehmigungen bei elektronischen Meßgeräten mit ionisierender Strahlung. Begriffserklärungen finden sich zu Beginn fast aller Bestimmungen.

Derartige nicht wettbewerbsbeschränkende Anordnungen sind jedoch fast ausschließlich nicht in eigenen Bestimmungen, sondern unselbständige Teile anderer Bestimmungen. Da VDE-Bestimmungen aber inhaltlich ein einheitliches Ganzes bilden und auch als solches beschlossen werden, liegt immer dann ein wettbewerbsbeschränkender Beschluß im Sinne des § 1 vor, wenn auch nur in einer einzelnen Vorschrift Verpflichtungen zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten begründet werden.

Die meisten VDE-Bestimmungen enthalten ganze Bündel von Wettbewerbsbeschränkungen auf verschiedenen Wirtschaftsstufen.

2.1.3.3.2.1. Beschränkung des Angebots

Bei den auf der Angebotsseite tätigen Unternehmen werden durch VDE-Bestimmungen besonders diejenigen Mitglieder betroffen, deren Arbeitsbereich in der Produktion von Elektromaterial und Geräten liegt. Sie werden durch diese Beschlüsse verpflichtet, nur Produkte herzustellen, die den jeweils festgelegten Anforderungen entsprechen.

Erfaßt werden dabei alle Bereiche der Produktion sowohl in Bezug auf die Einzelteile, wie auch im Hinblick auf das Gesamtprodukt.

Da die Mitglieder hier verpflichtet werden, n u r VDE-gemäße Gegenstände und gewerbliche Leistungen auf dem Markt anzubieten, liegt eine echte Beschränkung vor, im Gegensatz zu einer bloßen Gütezeichengemeinschaft, die allgemein als zulässig erachtet wird.

Eine Gütezeichengemeinschaft liegt jedoch nur dann vor, wenn die Verpflichtung der Mitglieder allein darin besteht, bei der Verwendung von Gütezeichen bestimmte nachprüfbare Qualitätsanforderungen zu beachten. Soweit sich die Mitglieder aber ver-

1) Mayer-Wegelin, Wirtschaftskommentator § 1 Anm. 8; Frankf. Komm., § 27 Tz. 21 mwN.

pflichten, n u r solche Produkte zu handeln, liegt § 1 vor.¹⁾ Das VDE-Zeichen ist zwar ein Gütezeichen, da es als Garantieausweis zur Kennzeichnung von Waren verwendet wird, die bestimmte, nach objektiven Maßstäben gemessene, nach der Verkehrsauffassung für die Güte wesentliche Eigenschaften erfüllen.²⁾ Die Möglichkeit, das VDE-Zeichen unter bestimmten Voraussetzungen³⁾ zu erwerben, besteht für die VDE-Mitglieder (aber auch Nichtmitgliedsunternehmen) unabhängig von der Mitgliedspflicht zur Beachtung der VDE-Bestimmungen.

Diese Einschränkung bezieht sich zunächst auf die horizontale Qualitätsvariation. Diese zeigt keine bessere oder schlechtere Qualität, sondern entspricht lediglich der Vielfalt der subjektiven Bedürfnisse.⁴⁾

In diese Gruppe fallen diejenigen VDE-Bestimmungen, die dem Vereinheitlichungsgedanken Rechnung tragen.

Das sind einmal Vorschriften über Bezeichnungen und Maßeinheiten⁵⁾ und die Verweisungen auf DIN-Normen.⁶⁾

Darüber hinaus enthalten einige VDE-Bestimmungen noch eigene technische Regeln zur Vereinheitlichung, obwohl diese Aufgabe auch für den Elektrobereich schon 1941 den DIN-Normen zugewie-

-
- 1) Vgl. hierzu auch BKA, Brief v. 21.5.1962 zitiert nach Mayer-Wegelin, Wirtschaftskommentator § 38 Anm. 13 f.
 - 2) Zum Begriff Frankf.Komm., § 27 Tz. 21.
 - 3) Vgl. VDE 0024/11.64 sowie Prüfordnung der Prüfstelle des VDE v. 15.10.1962.
 - 4) Die Definition von Abbott, Qualität S. 146 stellt allerdings mehr auf den Geschmack ab. Für den Bereich bloßer Gebrauchsgüter muß zur Erfassung aller Fälle jedoch auf die Bedürfnisse abgestellt werden.
 - 5) Kamberg, WuW 1953 S. 284 ff (289) ist der Ansicht, daß insoweit gar keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, einschränkend BKA, Brief v. 17.5.1967 BB 1967 S. 1059 f (1060) "so weit keinen Einfluß auf die Vereinheitlichung". Da auch hier die Entschließungsfreiheit dahin beeinträchtigt wird, nur so gekennzeichnetes Material auf den Markt zu bringen, läßt sich eine Wettbewerbsbeschränkung nicht leugnen. Allerdings wird häufig eine spürbare Marktbeeinflussung fehlen.
 - 6) Z.B. VDE 0444/V43 Form der Isolatoren für Fernmeldeleitungen; VDE 0605/7.58 Außendurchmesser und Installationsrohre; VDE 0608/6.50 Form der Klemmen; VDE 0625/5.66 Form der Gerätesteckvorrichtungen. In all diesen Fällen handelt es sich um Muß-Vorschriften.

sen wurde. 1)

Die weitgehendsten Anordnungen enthalten insoweit die Bestimmungen über Kabel- und isolierte Leitungen (VDE 0200 ff). Die 4 Bestandteile eines Kabels: Leiter, Isolierung, Mantel und Schutzhülle sind dabei in ihrem Aufbau sowohl hinsichtlich der Einzelteile als auch in ihrem Verhältnis zueinander festgelegt. 2)

Die Einengung durch VDE-Bestimmungen betrifft weiterhin die vertikale Produktvariation, womit keine subjektive, sondern eine objektive Veränderung der Produktqualität gekennzeichnet wird. In diesen Fällen wird die bessere oder schlechtere Qualität von jedem Nachfrager als solche empfunden. 3)

Derartige Beschränkungen (zahlenmässig der überwiegende Teil) beinhalten derartige Bestimmungen, in denen Mindestqualitäten für die zu verwendenden Materialien festgelegt werden.

So ist z.B. für Kabel und isolierte Leitungen nur Kupfer oder Aluminium (unter Umständen auch Stahlkupfer) und nur mit bestimmten spezifischen Widerständen zulässig. 4)

Es dürfen ausschließlich Isolierhüllen mit bestimmten Materialien Verwendung finden. Ferner müssen die verwendeten Materialien bestimmten (durch Prüfungen festzustellenden) mechanischen und elektrischen Anforderungen entsprechen, z.B. eine bestimmte Zugfestigkeit und Bruchdehnung, einen bestimmten spezifischen Widerstand sowie eine bestimmte Durchschlagskraft

1) Vgl. oben S.4.

2) Den genormten Nennquerschnitten der Kabel sind genaue Angaben über die entsprechende Anzahl der Drähte sowie der dazu erforderlichen Leiterdurchmesser zugeordnet; die Dicke der Schutzhülle, der Isolierung und des Mantels muß in einem genau festgelegten Verhältnis zur Kabelseele stehen, vgl. VDE 0250/4.64 § 6 mit Anlagetabelle.

3) Abbott, Qualität S. 147.

4) Dies geschieht meist durch Verweisungen auf Vorschriften, in denen das Material genau beschrieben ist: VDE 0255/1.68, § 5 verweist auf VDE 0201/1934 "Kupfer in der Elektrotechnik" und VDE 0202/VII 43 "Aluminium in der Elektrotechnik".

besitzen. ¹⁾

Entsprechende Bestimmungen finden sich für den Bereich des Installationsmaterials (VDE 0600 ff).

Ähnliche Qualitätsbeschränkungen finden sich für alle Elektromaterialien. ²⁾ Dabei sind die Bestimmungen umso detaillierter, je homogener die Zusammensetzung der Produkte gestaltet ist. Bei vierteiligen Produkten findet sich dagegen häufig nur die allgemeine Feststellung, daß das Endprodukt sich aus VDE-gemässen Einzelteilen zusammensetzen und in seiner Gesamtheit dem Sicherheitsgedanken auf irgendeine (beliebige) Weise Rechnung tragen muß. ³⁾

Entscheidend betroffen wird weiterhin die innovatorische Produktvariation, also die Fälle, in denen eine ganz neue Qualität eingeführt wird, die die Käufer als überlegen ansehen. ⁴⁾

Diese Möglichkeit wird vor allem durch diejenigen VDE-Bestimmungen eingeengt, in denen bestimmte Materialien vorgeschrieben sind.

So war z.B. bei isolierten Leitungen als Plastikmantel lange Zeit nur Polyvinylchlorid (PVC) zulässig, obwohl dies gegenüber dem neueren, doch längst bekannten Polyäthylen (PE) die nachteilige Eigenschaft hat, bei der Verbrennung (angesichts der Elektrizität als Brandursache eine naheliegende Möglichkeit) Salzsäure freizusetzen. ⁵⁾

1) Vgl. etwa VDE 0250/4.64 § 6 "Starkstromleitungen" und VDE 0255/1.68 "Kabel".

2) Bekannt wurde in diesem Zusammenhang VDE 0100/12.65 § 31 Nr. 8, wonach Doppelstecker verboten sind.

3) Z.B. VDE 0530 Teil 1/1.66 § 54: Elektrische Maschinen dürfen nur bestimmte Geräuschstärken erreichen, Teil 2/8.66 "Wirkungsgrad von Maschinen" oder VDE 0666/11.58 "Elektrische Betriebsmittel müssen den besonderen Beanspruchungen und Erfordernissen des explosionsgefährdeten Betriebes gewachsen sein, also die genügende elektrische, mechanische, thermische und chemische Widerstandskraft besitzen" (Prüfungen...).

4) Abbott, Qualität S. 148.

5) Nachdem bei einem Kabelbrand in einem Berliner Kabelwerk (VDE-Mitglied) infolge der gelagerten PVC-Kabel ein Schaden von 40 Millionen DM entstand, verlangen die Versicherungen für PVC-Kabelanlagen Risikozuschläge.

Die seit etwa 30 Jahren in bestimmten Bereichen als überlegenen angesehenen Öldruckkabel sind erst seit 1966 nach VDE 0256/5.66 zulässig.

Den neu entwickelten Kabeln mit Natriumleitern, die gegenüber Aluminiumleitern eine bessere Leitfähigkeit, den Kupferleitern gegenüber gewaltige Preisvorteile bieten, steht anscheinend eine ähnliche Wartezeit bevor. ¹⁾

Im Bereich des Installationsmaterials sind nach den VDE-Bestimmungen Schalterdosen mit Schrauben zu befestigen, obwohl Einsteckdosen genauso sicher, aber viel rationeller sind.

Die hier aufgezeigten Einsätze der Produktvariation als Aktionsparameter wären den Produzenten ohne die VDE-Bestimmungen auch möglich, da ihre Entscheidungsfreiheit insoweit nicht schon durch andere Umstände eingeschränkt ist. Produktion und Verkauf nicht VDE-gemässer Materialien und Produkte sind nirgendwo verboten. ²⁾

Darüber hinaus enthalten VDE-Bestimmungen eine inhaltliche Beschränkung des Angebots an gewerblichen Leistungen.

Für die dem VDE angehörenden Installateure besteht einmal die selbstverständliche Forderung, nur VDE-gemässe Materialien zu verwenden. Darüber hinaus ist ihnen vorgeschrieben, welche Maßnahmen sie bei der Errichtung und Erhaltung elektrischer Anlagen zu ergreifen haben. ³⁾

-
- 1) Kabelmetal hat allerdings für RWE schon ein derartiges Kabel geliefert.
 - 2) § 3 des Maschinenschutzgesetzes (BGBl. I 1968/717) verpflichtet nur zur Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik. Soweit die Abnehmer in Lieferverträgen auf VDE-Bestimmungen verweisen, bezieht sich die Einschränkung der Handlungsfreiheit der VDE-Mitglieder nur auf diese bestimmten Vertragspartner. Anhaltspunkte für eine umfassende tatsächliche Einschränkung der Möglichkeit des Absatzes VDE-widriger Konstruktionen bestehen nicht.
 - 3) Vgl. z.B. VDE 0100/12.65 § 25 ff "Einbau und Anschluß elektrischer Maschinen", § 31 Nd "Sicherungen dürfen nicht geflickt oder überbrückt werden", § 42 "Verlegung von Leitungen und Kabeln".

Die Möglichkeit, ihre gewerblichen Leistungen inhaltlich entgegen den VDE-Bestimmungen zu gestalten, wird dabei meist erst durch die VDE-Mitgliedschaft und die sich daraus ergebenden Mitgliedspflichten beeinträchtigt. ¹⁾

Soweit es sich bei den Installateuren allerdings um bei den Energieversorgungsunternehmen zugelassene Installateure handelt, sind diese aufgrund einer Vereinbarung mit den Energieversorgungsunternehmen ohnehin zur Einhaltung der VDE-Bestimmungen verpflichtet. ²⁾ Durch die intern wirkenden Beschlüsse erfolgt dann keine Beschränkung möglicher wirtschaftlicher Handlungen. ³⁾

2.1.3.3.2.2. Beschränkung der Nachfrage

Die auf der Nachfrageseite tätigen Mitgliedsunternehmen, also vornehmlich die Energieversorgungsunternehmen, werden durch die mitgliedschaftlichen Beschlüsse in Form der Bestimmungen verpflichtet, nur VDE-gemässe Materialien zur Energieerzeugung und Weiterleitung zu verwenden und bei der Errichtung von Energieanlagen die einschlägigen Regelungen zu beachten. ⁴⁾

Die bis dahin bestehende Möglichkeit, im Rahmen der anerkannten Regeln der Technik von VDE-Bestimmungen abzuweichen, wird

-
- 1) Da § 1 I 2. DVO zum EnWG (RGBL. I 1937 S. 918) nur die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik fordert, bestehen keine Anhaltspunkte für eine allgemeine Einschränkung der Möglichkeit zur Installation entgegen VDE-Bestimmungen; vgl. auch oben Fn 2) auf S. 94.
 - 2) Vgl. die Grundsätze für die Zusammenarbeit von EVU mit Elektroinstallateuren bei der Ausführung und Unterhaltung von elektrischen Anlagen im Anschluß an das Niederspannungsnetz v. 24.10.1966; näher dazu Butze-Rain, Elektrizitätswirtschaft 1967 S. 1 ff.
 - 3) In diesen Fällen liegt die Wettbewerbsbeschränkung in dem vorangegangenen Vertrag. Zwar ist auch dann ein Anbieten entgegen VDE-Bestimmungen u.U. noch tatsächlich möglich, doch wird die Beeinträchtigung der Freiheit rechtlich unzulässiger Wettbewerbshandlungen vorzunehmen vom GWB nicht erfaßt, vgl. Müller-Henneberg im GemKomm. § 1 Rdz. 19 und unten S. 149 f.
 - 4) Z.B. VDE 0108/9.62 § 5 d Schalt- und Umspannräume dürfen in Hauptgebäuden nur unter Beachtung bestimmter technischer Voraussetzungen eingerichtet werden.

durch ihre mitgliedschaftlichen Pflichten beschränkt.

Entsprechendes gilt für die Installateure, soweit sie auf der Nachfrageseite tätig werden.¹⁾

VDE-Bestimmungen enthalten danach erhebliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Handlungen der im VDE vertretenen Unternehmen sowohl auf der Angebots- wie auf der Nachfrageseite.

Von den insgesamt 255 VDE-Bestimmungen sind danach etwa 230 als Vereinsbeschlüsse zu bezeichnen, deren Inhalt und Gegenstand eine Wettbewerbsbeschränkung ist.

2.2. Eignung zur Marktbeeinflussung

Zwischen der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung und der Marktbeeinflussung setzt § 1 einen engen Zusammenhang voraus.

Die Verträge oder Beschlüsse müssen geeignet sein, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

2.2.1. Marktverhältnisse

Nach allgemeiner Meinung werden mit dem Merkmal der Beeinflussung, der Erzeugung oder der Marktverhältnisse die Außenwirkungen des Kartells bezeichnet.²⁾

Nach dem Wortlaut des § 1 müssen dabei entweder die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen betroffen sein.

Erzeugung wird dabei allgemein im weitesten Sinne des Wortes verstanden, d.h. jede Form der Gewinnung, Be- und Verarbei-

1) Dabei gelten aber die oben aufgeführten Beschränkungen hinsichtlich der Möglichkeit zur Vornahme VDE-widriger Handlungen.

2) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 43; Frankf.Komm., § 1 Tz. 49; Lukes, Kartellvertrag S. 162 ff, 288; Meyer-Cording, WuW 1962 S. 459 ff (472); Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 52; BGH Urteil v. 17.6.1962 "Spar" WuW/E 486 ff (491).

tung umfassend.

Der Begriff der Ware wird in § 1 GWB zum Teil in Anlehnung an die im Handelsrecht gebräuchliche Bezeichnung als bewegliche Sache aufgefaßt, die für den Marktverkehr geeignet ist; ausgeschlossen werden damit unbewegliche Sachen und Rechte.¹⁾

Dem Wortlaut des GWB läßt sich eine derartige Einschränkung nicht entnehmen.²⁾ Aus dem Zweck dieses Merkmals, lediglich die Objekte des freien Marktverkehrs zu kennzeichnen, wird man weniger auf die Substanz, sondern auf die Eignung abstellen müssen, diesen Gegenstand zu handeln.

Als Ware im Sinne des § 1 ist danach jeder Gegenstand zu bezeichnen, der einen wirtschaftlichen Wert und eine gewisse wirtschaftliche Selbständigkeit besitzt und daher als solche geeignet ist, im Geschäftsverkehr veräußert und erworben zu werden.³⁾

Ähnlich weit ist der Begriff gewerbliche Leistungen zu definieren. Darunter fallen alle selbständigen Handlungen und Unterlassungen, die im geschäftlichen Verkehr erbracht werden.⁴⁾

Bei der Klärung des in § 1 verwandten Merkmals Marktbegriffe ergeben sich ähnliche Schwierigkeiten wie bei dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung. Auch hier muß ein wirtschafts-theore-

-
- 1) Frankf.Komm., § 1 Tz. 44; Spengler, RWP 8 WiR Teil III D (355) S. 17 ff (18) unter Hinweis auf diese Auslegung während der Kartellverordnung, vgl. Callmann, Kartellrecht § 1 Anm. 28.
 - 2) Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 49.
 - 3) Hoth, WRP 1956 S. 261 ff (267); im Ergebnis ebenso Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 44; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 37; Müller-Giessler, § 1 Rdz. 89; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 49; Rasch-Westrick, § 1 Rdz. 10; OLG Frankfurt Urteil v. 4.4.1957 WuW/E 245 ff (246 f) für das Dekartellierungsrecht.
 - 4) Dabei besteht weitgehendes Einvernehmen darüber, daß Arbeits- und Dienstverträge mit Abhängigen nicht darunter fallen; Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 44; Müller-Giessler, § 1 Rdz. 90; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 50; KG Beschluß v. 12.1.1960 "Vereidigte Buchprüfer" WuW/E OLG 322 ff (323).

tischer Begriff für die Rechtsanwendung erfaßbar gemacht werden.¹⁾

Zumeist werden die Marktverhältnisse als die Summe der Eigenschaften, die einem Markt das Gepräge geben, wie Art und Intensität des Wettbewerbs, Art des Auftretens der Marktpartner oder auch als all diejenigen Faktoren bezeichnet, die für den Ablauf des Geschehens auf dem jeweiligen Markt, also für die Bildung von Angebot und Nachfrage von Bedeutung sind.²⁾

Diesen Meinungen ist insoweit zuzustimmen, als mit diesem Merkmal die Auswirkungen des Wettbewerbs gegenüber Dritten erfaßt werden sollen. Im Anschluß an die hier zugrundegelegte Auffassung vom Wettbewerb³⁾ müssen die Marktverhältnisse als der Handlungsablauf verstanden werden, in dem Dritte (also den am Kartellvertrag nicht beteiligten Wirtschaftssubjekten) bestimmte Handlungen bezüglich bestimmter Güter möglich sind.⁴⁾

Dem Wortlaut des § 1 nach könnte man unterscheiden, ob sich die Auswirkungen des Kartellvertrages auf die Erzeugung oder auf die Marktverhältnisse mit dem Verkehr von Waren oder gewerblichen Leistungen beziehen. Da jede Beeinflussung der Erzeugung sich in der Regel auf die Marktverhältnisse auswirkt, genügt es daher, von einer Beeinflussung der Marktverhältnisse zu sprechen.⁵⁾

1) Hierzu ausführlich Lukes, Verständnis S. 199 ff.

2) So etwa Benkendorff, WRP 1962 S. 146 ff (148); Frankf.Komm., § 1 Tz. 47; Günther, MA 1957 S. 35 ff (42) u. Markt S. 18; BKA, Mitteilung v. 15.7.1963 "Verwertungsgesellschaften" WuW/E 704 ff (707 ff). Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Lukes, Verständnis S. 199 ff (210 f).

3) Vgl. oben S. 65 f.

4) Lukes, Verständnis aaO S. 225.

5) Lukes, Kartellvertrag S. 161 Fn. 29; sachlich ebenso Frankf. Komm., § 1 Tz. 42; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 37; Müller-Giessler, § 1 Rdz. 88; Müller-Henneberg, § 1 Rdz. 51; BGH Urteil v. 1.7.1964 "Flußspat" WuW/E 605 ff (610) weist zu recht darauf hin, daß Verträge über den bloßen Vorgang der Erzeugung ohne Außenwirkungen nicht unter § 1 fallen.

2.2.2. Beeinflussung

§ 1 kommt nur zur Anwendung, wenn die Marktverhältnisse durch die Kartellvereinbarung betroffen sind.

Weitgehende Einigkeit besteht heute darüber, daß in § 1 auf die objektive Eignung zur Marktbeeinflussung abzustellen ist ¹⁾, andererseits die Marktbeeinflussung nicht tatsächlich eingetreten sein muß.

Für die Beeinflussung der Marktverhältnisse ist es ausreichend, daß die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach normalem Verlauf des Wirtschaftsgeschehens oder aufgrund konkret voraussehbarer Umstände eine Marktbeeinflussung zur Folge hat. ²⁾

Bestritten ist jedoch, ob es eine Quantitäts- oder Intensitätsgrenze gibt, von der an überhaupt erst von einer Marktbeeinflussung gesprochen werden kann.

Eine in der Lehre zahlreich vertretene Meinung läßt jede rein objektiv vorhandene Beeinflussung zur Ausfüllung dieses Tatbestandsmerkmals ausreichen, auch wenn die Beeinflussung quantitativ ganz minimal und deshalb nicht spürbar ist. Nach dieser Auffassung kommt es weder auf den Produktions-, noch auf den Marktanteil, noch auf die Marktmacht der an der Wett-

1) Zum früheren Streit zwischen Reichsgericht und Kartellgericht vgl. oben S. 73 f.

2) Es ist also nicht erforderlich, daß die Marktbeeinflussung sicher ist, andererseits reicht eine bloß theoretisch vorstellbare Eignung nicht aus. Frankf.Komm., § 1 Tz. 51; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 32; Lukes, Kartellvertrag S. 269; Rasch-Westrick, § 1 Rdz. 27; BGH Urteil v. 17.6.1962 "Spar" WuW/E 486 ff (491).
Im Hinblick auf die von Kartellverträgen ausgehende Gefährdung des Wettbewerbs ergeben sich dabei keine Anhaltspunkte für das Erfordernis eines besonders gesteigerten Grades von Wahrscheinlichkeit, so aber Frankf.Komm., § 1 Rdz. 51; Rasch-Westrick, § 1 Rdz. 27.

bewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen an. ¹⁾

Begründet wird diese Auffassung einmal mit dem Begriff der Marktverhältnisse. ²⁾ Darunter sei eine nahezu unübersehbare Fülle von Umständen, wie Größe, Qualität, Vielgestaltigkeit des Angebots, Zahl und Zusammensetzung und die Bonität der Anbieter usw. zu verstehen. Zu den Marktverhältnissen gehöre jeder einzelne Vertrag über Waren und gewerbliche Leistung. Da durch eine vertragliche Wettbewerbsbeschränkung die Produktions- oder Marktverhältnisse immer - wenn auch nur unter einem winzigen Teilaspekt - verändert würden, führe die Existenz einer Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig zu einer Beeinflussung der Produktion oder der Marktverhältnisse.

Ferner wird die Entstehungsgeschichte zur Stützung dieser Ansicht herangezogen.

Der von Günther maßgeblich beeinflusste erste amtliche Entwurf eines Kartellgesetzes aus dem Jahre 1949 sah eine Freistellung unwesentlicher Wettbewerbsbeschränkungen vor ³⁾; nach ausführlicher Erörterung dieser Möglichkeit im wirtschaftspolitischen Ausschuß wurde von einer derartigen Fassung des Gesetzes Abstand genommen. ⁴⁾

1) Ballerstedt, Handlungsunwert S. 185 ff (189); Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 52 f (anders aber wohl § 1 Rdz. 48 f); Benken-dorff, WRP 1962 S. 146 ff (146f); Büntig, BB 1960 S. 384 f (385); v. Gamm, Wettbewerbsrecht S. 227; Haberkorn, GRUR 1960 S. 367 ff; Fikentscher, WuW/E 368 im Gegensatz zu Borchard-Fikentscher, Wettbewerb S. 214 ff; Beckmann, Abgrenzung S. 87 ff; Mayer-Wegelin, Wirtschaftskomentator § 1 Rdz. 9; Müller-Gries, § 1 Rdz. 17; anders aber Müller-Giessler, § 1 Rdz. 91 f; Rieger, Problem S. 92 ff; Rinck, Wirtschaftsrecht S. 183, anders wohl S. 181; Schmitz, NJW 1961 S. 2089 ff (2091 f); Steindorff; Zweckmäßigkeit S. 53; BKA, Beschluß v. 25.4.1960 "Nordbayerische Basaltunion" WuW/E 191 ff (192); BKA, Mitteilung v. 15.7.1963 "Verwertungsgesellschaften" WuW/E 704 ff (709); BGH Urteil v. 23.4.1959 "Flugplatz" WuW/E 313 ff (317).

2) So ausdrücklich Benken-dorff, WRP 1962 S. 146 ff (148), der sich auf Günther, Markt S. 18 stützt.

3) Zitiert nach Günther, BB 1950 S. 297 ff.

4) Schriftlicher Bericht des Ausschusses, BT-Drucks. II 3644 Anl. S. 4, 15.

Außerdem spreche das Erfordernis der Rechtssicherheit gegen die Einführung schwierig zu gewinnender Maßstäbe für eine Quantitäts- und Intensitätsgrenze. ¹⁾

Gegen diese Auffassung spricht jedoch der Wortlaut des Gesetzes.

Die Formulierung "geeignet sind" deutet darauf hin, daß es sich nicht nur um eine rein theoretische, sondern um eine nach allgemeinem Sprachgebrauch als real zu bezeichnende Beeinflussung handeln muß. ²⁾

Wenn bereits jede Wettbewerbsbeschränkung ohne Rücksicht auf ihre konkrete Marktwirkung von § 1 erfaßt werden sollte, hätte der Gesetzgeber auf das Merkmal der Marktbeeinflussung verzichten können.

Der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte ist demgegenüber nicht zwingend, da immerhin offen bleibt, ob unter eine wesentliche Marktbeeinflussung nicht nur die Fälle einer Quasi-Marktbeherrschung fallen sollten. ³⁾

Das Argument, daß Fälle unwesentlicher Marktbeeinflussung über § 81 Abs. II (wonach ein Antrag auf Geldbuße nur bei öffentlichem Interesse an der Verfolgung gestellt wird) und § 82 Abs. II (wonach das Gericht bei Fehlen öffentlichen Interesses das Verfahren einstellt) ⁴⁾ ausgeklammert werden können, überzeugt nicht, da es keine Lösung für die zivilrechtliche Seite (Unwirksamkeit) der Vereinbarungen mit sich bringt. ⁵⁾

1) Benkendorff aaO S. 149 f; Ballerstedt, Handlungsunwert S. 179 ff (190 ff).

2) Müller-Henneberg, § 1 Rdz. 53 f; Sandrock, Grundbegriffe S. 287.

3) Sandrock, Grundbegriffe S. 284 f weist darauf hin, daß der Begriff der wesentlichen Marktbeeinflussung schon unter der Geltung der Kartellverordnung eine Rolle gespielt hat und damals anscheinend im Sinne einer nahezu quasi-marktbeherrschenden Stellung aufgefaßt wurde.

4) So Benkendorff, WRP 1962 aaO S. 150.

5) Darauf weist Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 54 hin.

Gegen diese Auffassung spricht jedoch entscheidend der Sinn des § 1.

Wenn in § 1 auch Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt würden, die quantitativ ganz minimal und daher nicht spürbar sind, könnte die Funktion des § 1 primär nur in dem Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der an der Wettbewerbsbeschränkung teilnehmenden Unternehmen erblickt werden.¹⁾

Im Hinblick auf den Schutzzweck des Kartellverbots werden in Literatur und Rechtsprechung zwar verschiedene Auffassungen vertreten; eine Auslegung in diesem Sinne erscheint jedoch bedenklich.

Die in Kartellvereinbarungen getroffenen Abreden werden in der Regel den am Kartell beteiligten Unternehmen keine wirtschaftlichen Nachteile bringen. Ihrem Schutz ist außerdem durch die Austritts- und Kündigungsmöglichkeit nach § 13 und die Verbote der §§ 25 und 26 hinreichend Rechnung getragen.²⁾

Geht man dagegen davon aus, daß Sinn und Zweck des § 1 der Schutz der individuellen wirtschaftlichen Interessen der Partner auf der anderen Marktseite³⁾, oder des Wettbewerbs als In-

1) So Benkendorff, WRP 1962 aaO (149); Biedenkopf, Ordnung S. 11 ff (32); Günther, BB 1957 S. 721 ff (721) und GRUR 1958 S. 575 ff (578); Sölter, Nachfragemacht S. 57 f. Das GWB schützt den Wettbewerb als Institution als auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Wettbewerber: Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung S. 152 ff; Brugger, WuW 1959 S. 467 ff (469); Flume, WuW 1956 S. 457 ff (467); Koenigs, GRUR 1958 S. 589 ff (589); Schmitz, NJW 1961 S. 2089 ff (2089); BGH Urteil v. 23.9.1955 WuW/E 118 ff (121) zum Dekartellierungsrecht.

2) Lukes, Kartellvertrag S. 186; Sandrock, Grundbegriffe S. 274 ff weist darauf hin, daß mit der Zuweisung einer derartigen gesellschaftspolitischen Aufgabe die rechtspolitische Funktion des § 1 überspannt würde.

3) Fikentscher, Wettbewerb: Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Partner auf der anderen Marktseite und Schutz der Wettbewerbsfreiheit der auf der gleichen Marktseite stehenden Wettbewerber, vgl. auch Lukes, Kartellvertrag S. 184 ff.

stitution¹⁾, oder einer bestmöglichen Versorgung der Verbraucher und einer leistungsgerechten Einkommensverteilung ist²⁾, so muß man solche Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des § 1 ausscheiden, die keine Auswirkungen auf die Marktverhältnisse haben können.³⁾ Von dem hier vertretenen Ausgangspunkt des Marktes als Handlungsablauf, gekennzeichnet durch die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit der Beteiligten, wird man daher nur solche Wettbewerbsbeschränkungen von § 1 erfassen können, die diese Entschließungsfreiheit beeinträchtigen, also für die am Kartell nicht beteiligten Unternehmen spürbar sind.⁴⁾

- 1) Ballerstedt, JZ 1956 S. 267 ff (271); Benisch, WuW 1956 S. 480 ff (483) und WuW 1960 S. 842 ff (843), differenzierend WuW 1961 S. 764 ff (777): durch den Schutz des Wettbewerbs als Institution würden als Reflex auch die Partner der anderen Marktseite begünstigt; Knöpfle, WuW 1962 S. 155 ff (166 ff), wohl auch Wettbewerb S. 150 ff; Strickrodt, WuW 1957 S. 75 ff (89); BGH Urteil v. 16.3.1954 WuW/E S. 65 ff (68).
- 2) Würdinger, WuW 1953 S. 721 ff (726) u. WuW 1960 S. 313 ff.
- 3) Das Argument der Rechtssicherheit wiegt demgegenüber nicht schwer; einmal handelt es sich nicht um eine Ausweitung, sondern um eine zusätzliche Einengung des Kartellverbots. Zum anderen dürften die Fälle, in denen Absprachen keine spürbare Marktbeeinflussung verursachen, in der Praxis selten sein.
- 4) Im Ergebnis ebenso Benisch, WuW/E BGH 373 ff (374); von Beringe, B 1960 S. 289; Brugger, Ufita 27 (1959) S. 189 ff (208 f), (wohl auch) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb S. 214 ff; Deringer, BB 1960 S. 343; Dörinkel, GRUR 1963 S. 47 f (48); Gleiss und Hootz, NJW 1962 S. 391; Kracht, NJW 1958 S. 490 f (491); Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 34; Lieberknecht, GRUR 1960 S. 355 ff (357); (zweifeln) Lukes, Kartellvertrag S. 300 f; Meyer-Cording, WuW 1962 S. 459 ff (471 ff); Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 54; Völp, WRP 1958 S. 326 ff (330); BGH Beschluß v. 14.1.1960 "Kohlenplatzhandel" WuW/E 369 ff (372 f); Urteil v. 7.6.1962 "Spar" WuW/E 486 ff (491); BGH Beschluß v. 1.12.1962 "Bierpreis" WuW/E 465 ff; Beschluß v. 27.1.1966 "Klinker" WuW/E 726 ff (730 f); OLG Celle Urteil v. 27.4.1960 "Hörgeräte" WuW/E S. 355 f (356); OLG Hamburg Beschluß v. 24.8.1959 "Kohlenplatzhandel" WuW/E 290 ff (294); OLG Stuttgart Beschluß v. 17.5.1961 "Kohlepreiseempfehlung" WuW/E 423 ff (425 f) und Beschluß v. 19.5.1961 WuW/E 411 ff (414); KG Beschluß v. 17.7.1967 WuW/E OLG 831 ff (842), ebenso das BKA in seinen Beschlüssen v. 17.5.1963 "Gesellschaftsreisen" WuW/E 491 ff (492); 16.6.1964 "Hydromechanik" WuW/E 846 ff (850 f); 26.6.1964 "Vakuumtechnik" WuW/E 853 ff (854 f); 2.7.1965 "Gesellschaftsreisen II" WuW/E 938 ff (939 ff); anders noch BKA Beschluß v. 25.4.1960 "Nordbayerische Basalt-Union" WuW/E 191 ff (192); Nachweis älterer Entscheidungen bei Lukes, Verständnis S. 199 ff (210 f).

Ein Indiz dafür sind die Ausweichmöglichkeiten der übrigen Marktpartner; eine Marktbeeinflussung liegt zumindest dann nicht vor, wenn diese ohne Schwierigkeiten auf andere, am Kartell nicht beteiligte Marktteilnehmer zurückgreifen können. ¹⁾

In diesem Zusammenhang wird gelegentlich die Frage erörtert, ob der Begriff "Marktbeeinflussung" auch qualitative Elemente enthält. ²⁾

Bei der Auslegung des alliierten Dekartellierungsrechts hat die Rechtsprechung, um sinnwidrige, dem Gesetzeszweck widersprechende Ergebnisse zu vermeiden, unter Abwägung der im Spiel befindlichen Interessen geprüft, ob die Wettbewerbsbeschränkung als wirtschaftlich vernünftig anzusehen war. ³⁾

Nach dem GWB ist jedoch weder eine Differenzierung nach "guten" oder "schlechten" Kartellen, noch eine Anwendung der rule of reason gestattet.

Über die Ablehnung dieser Maßstäbe ist man sich bei den Gesetzgebungsarbeiten einig gewesen. Die Existenz der Ausnahmegesetzvorschriften der §§ 2 ff beweist, daß eine Befreiung vom Kartellverbot nur beim Vorliegen der dort spezifizierten Voraussetzungen und nur nach dem dort beschriebenen Verfahren möglich sein soll. ⁴⁾

2.2.3. VDE-Bestimmungen mit Eignung zur Marktbeeinflussung

Nach der hier vertretenen Auffassung, wonach für § 1 eine spürbare Marktbeeinflussung erforderlich ist, läßt sich die

-
- 1) BGH WuW/E aaO (373 grundlegend); OLG Stuttgart WuW/E aaO (414): ohne wesentliche Schwierigkeiten; Deringer, BB 1960 S. 343 "zumutbare Möglichkeit"; Völp, WRP 1958 aaO (330) "reale Möglichkeit".
 - 2) Vgl. Kracht, Novellierung S. 31 ff.
 - 3) BGH Urteil v. 16.4.1954 BGHZ 13 S. 33 ff (40); Urteil v. 18.3.1955 BGHZ 17 S. 41 ff (53 ff).
 - 4) Im Hinblick auf das Merkmal Marktbeeinflussung besteht insoweit Einigkeit, vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 48; Frankf.Komm., § 1 Tz. 36 f; Sandrock, Grundbegriffe S. 294 ff.

Einordnung von VDE-Bestimmungen als Kartellbeschlüsse im Sinne des § 1 nicht generell im Hinblick auf alle VDE-Bestimmungen bejahen. Vielmehr muß durch jede einzelne VDE-Bestimmung bestimmten Personen die Möglichkeit zur Vornahme bestimmter oder gleichartiger Handlungen verhindert oder erschwert werden.

Auf eine Einteilung der am Markt als Handlungsablauf beteiligten Personen nach räumlichen und zeitlichen Kriterien ¹⁾ kann hier verzichtet werden, da sich daraus im Hinblick auf die bundeseinheitlich und ohne größere Zeitschwankungen zu beachtenden VDE-Bestimmungen keine nähere Kennzeichnung ergibt.

Bei der Prüfung, ob sich für die am VDE nicht beteiligten Unternehmen eine Beeinflussung ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit ergibt, ist daran anzuknüpfen, daß VDE-Bestimmungen sowohl die Anbieter als auch die Nachfrager in ihren wettbewerblichen Handlungen beschränken. ²⁾

2.2.3.1. Angebotsbeeinflussung

Auswirkungen von VDE-Bestimmungen können sich einmal für die Handlungen der am VDE nicht beteiligten Unternehmen auf der Angebotsseite ergeben.

Die im VDE vertretenen Abnehmer von Elektromaterialien werden durch die VDE-Bestimmungen verpflichtet, nur Materialien anzukaufen, die den dort im einzelnen festgelegten Anforderungen entsprechen. Die im VDE nicht vertretenen Unternehmen werden dadurch ³⁾ in der Möglichkeit des Einsatzes der Quali-

1) Zu diesen Abgrenzungsmerkmalen vgl. Bartholomeyczik, GemKomm. § 22 Rdz. 31 mwN.

2) Vgl. oben S. 90 ff.

3) Angesichts der im VDE vertretenen verschiedenen Wirtschaftsstufen braucht auf die Marktbeeinflussung durch VDE-Mitglieder einer Wirtschaftsstufe im Hinblick auf Wettbewerber der gleichen Wirtschaftsstufe nicht eingegangen zu werden. Zur Berücksichtigung der Mitbewerber der gleichen Wirtschaftsstufe im Hinblick auf die Marktbeeinflussung, BKA Beschluß v. 13.11.1963 WuW/E 747 ff (754 f); Beschluß v. 25.4.1966 "Baukeramik" WuW/E 1068 ff (1070); Nachweise zu früheren Entscheidungen bei Lukes, Verständnis S. 199 ff (210 ff); ebenso KG Beschluß v. 28.12.1966 "Fensterglas V" WuW/E OLG 813 ff (822).

tät im Hinblick auf vertikale, horizontale und innovatorische Variationen eingeschränkt.

Die Möglichkeit, mittels eines breiteren, besseren oder neueren Sortiments gegenüber anderen Unternehmen einen Wettbewerbsvorsprung zu erringen, wird durch VDE-Bestimmungen weitgehend eingeengt.¹⁾

Darüber hinaus wird durch die Festlegung der Qualität der Preis als Aktionsparameter nicht nur insoweit gelähmt, als durch das Verhindern einer Unterschreitung von "Mindest"-Qualitäten ein gewisses Preisminimum fixiert wird, sondern auch durch die Einschränkung des innovatorischen Wettbewerbs die Möglichkeit zu günstigeren Preisgestaltungen behindert.

So ist z.B. bei isolierten Leitungen, bei denen nach VDE 0200 ff meist nur Kupfer als Leiter verwendet werden darf, eine nennenswerte Preisdifferenzierung bei einem Kostenanteil des Kupfers an den Gesamtkosten des Endprodukts von etwa 75%²⁾ wohl kaum möglich.

Ein Ausweichen auf billigere Aluminiumleiter kommt aber nur sehr beschränkt in Betracht, da Aluminium für isolierte Leitungen nur ausnahmsweise verwendet werden darf.

Eine ähnliche Situation findet sich im Bereich der Kabel im Verhältnis zu den dort zulässigen Aluminiumleitern gegenüber den wesentlich billigeren (aber unzulässigen) Natriumleitern.

Da nach allgemeiner Erfahrung anzunehmen ist, daß diese Unternehmen sowohl die Qualität in all ihren Variationsmöglichkeiten als auch den Preis im Rahmen der rechtlichen Zulässigkeit (die nicht auf VDE-gemässe Ausgestaltungen beschränkt ist) als Aktionsparameter für ihre Wettbewerbshandlungen einsetzen würden, werden sie durch die VDE-Bestimmungen in ihren möglichen wirtschaftlichen Handlungen beeinflusst.

1) Vgl. oben S. 89 ff.

2) Auskunft der Preismeldestelle.

Angesichts der mehr oder weniger stark in allen VDE-Bestimmungen enthaltenen Beschränkungen der horizontalen, vertikalen und innovatorischen Produktvariation wird man im Hinblick auf die meisten Bestimmungen eine Marktbeeinflussung bejahen können. ¹⁾ Da im VDE nahezu alle Energieversorgungsunternehmen und Elektroinstallateure als Mitglieder vertreten sind ²⁾, die einen beachtlichen Teil der Abnehmer von Elektromaterial ³⁾ darstellen, geht von diesen VDE-Bestimmungen auch eine für die Anbieter von Elektromaterial spürbare Beeinflussung der Nachfrage aus.

Darüber hinaus kann sich eine spürbare Marktbeeinflussung auch für die Unternehmen der vorgelagerten Wirtschaftsstufen ergeben, soweit die im VDE vertretenen Produzenten von Elektromaterial als Nachfrager für bestimmte Vormaterialien (vor allem Kupfer und Aluminium und Plastikstoffe) auftreten.

2.2.3.2. Nachfragebeeinflussung

Auswirkungen von VDE-Bestimmungen ergeben sich im besonderen Umfang für die im VDE nicht vertretenen Abnehmer von Elektromaterialien und Geräten.

Früher wurde die Auffassung vertreten, daß insoweit durch technische Bestimmungen keine spürbare Marktbeeinflussung eintreten könne, da nur eine Begrenzung der Vielzahl der Erzeugnisse, nicht aber eine mengenmässige Begrenzung der Erzeugung vorliege. ⁴⁾

1) Vgl. oben S. 90 ff.

2) Vgl. oben S. 4.

3) So beträgt z.B. der Anteil der Energieversorgungsunternehmen an den insgesamt verkauften Kabeln etwa 60%, an isolierten Leitungen immerhin 5%. Auskunft der Preismeldestelle für Kabel v. 29.3.1968.

4) Kamberg, WuW 1953 S. 284 ff (295).

Der Markt als Handlungsablauf, in dem bestimmte Personen bezüglich bestimmter Güter mit bestimmten Handlungen tätig werden, wird jedoch nicht nur durch quantitative, sondern auch durch qualitative Eingriffe beeinträchtigt. ¹⁾

Eine spürbare Marktbeeinflussung der Abnehmerseite ergibt sich jedoch nicht schon aus der Beschränkung der qualitativen Vielzahl.

Sofern dem Abnehmer Substitutionsgüter zur Verfügung stehen, liegt keine Erschwerung der Möglichkeit zur Vornahme wirtschaftlicher Handlungen vor. ²⁾

Eine spürbare Marktbeeinflussung der Abnehmer tritt daher einmal dann ein, wenn für den vom Abnehmer verfolgten Zweck keine VDE-gemässen Produkte vorhanden sind. Das wird dann erheblich, wenn VDE-Bestimmungen bestimmte Produkte oder Produktionsgestaltungen verbieten oder bestimmte Bereiche nicht erfassen.

So berücksichtigen VDE-Bestimmungen z.B. nicht den Bereich der Steuerkabel ³⁾, die daher insgesamt VDE-widrig sind und daher von VDE-Mitgliedern nicht angeboten werden.

Eine spürbare Beschränkung der Entschließungsfreiheit der Abnehmer liegt aber auch dann vor, wenn die VDE-gemässe Ausgestaltung eines Elektroprodukts zwar für den vom Abnehmer vorausgesetzten Zweck verwendbar ist (so wird dem Verbraucher die technische Ausgestaltung häufig gleichgültig sein), gegenüber nicht VDE-gemässen Produkten einen (nicht völlig unerheblich) ⁴⁾ höheren Preis fordert.

1) Vgl. v. Ditfurth, B 1965 S. 207 ff (207); Lukes, Kartellvertrag S. 146 f.

2) Zur Erfassung der Substitutionsgüter vgl. Lukes, Verständnis S. 199 ff (209); Bartholomeyczik, GemKomm. § 22 Rdz. 22 mwN; BGH Beschluß v. 27.1.1966 "Klinker" WuW/E S. 726 ff (731).

3) Steuerkabel dienen nicht der Kraftübertragung, sondern der Übertragung bestimmter Impulse.

4) Vgl. hierzu z.B. BKA Beschluß v. 22.12.1960 B 1961 S. 123 "ungefähr derselbe Preis"; ähnlich KG Beschluß v. 28.12.1966 "Fensterglas V" WuW/E OLG 813 ff (822).

Aus der Beschränkung des Qualitätswettbewerbs, insbesondere der innovatorischen Qualitätsvariation kann sich als Folge eine Verteuerung der VDE-gemässen Produkte ergeben.

Hier ist wieder auf die vom Verwendungszweck her gleichartigen Natriumkabel zu verweisen, die gegenüber Aluminium- oder gar Kupferkabeln erhebliche Preisvorteile bieten. ¹⁾

Augenfälliges Beispiel sind hier die vom VDE verbotenen Doppelstecker. ²⁾ Die für unzulässig erklärte Doppelsteckerform kostet 1,75 DM, die heute verkauften zulässigen Arten von Mehrfachsteckern dagegen 5,75 DM. ³⁾

Die in diesen Fällen vorliegende Eignung zur Beeinflussung der Nachfrage ist angesichts der in der Elektroindustrie ohnehin oligopolistische Marktstruktur ⁴⁾ und den zahlreichen im VDE als Mitglieder korporativ vertretenen Unternehmen der Elektroindustrie für die Abnehmer auch spürbar. ⁵⁾ Die im Bereich der Produktion tätigen Mitgliedsunternehmen des VDE dürften für alle Elektromärkte in ihrer Mitglieder Gesamtheit eine Oligopolstellung einnehmen, woraus man die Eignung zur Marktbeeinflussung entnehmen kann. ⁶⁾

In all diesen Fällen liegt eine gegenüber den Abnehmern der Produzenten mögliche Beschränkung der Handlungsfreiheit vor, da der Handel mit VDE-widrigen Elektromaterialien weder rechtlich

1) Soweit von VDE-Mitgliedern VDE-widrige Produkte hergestellt werden, wird dafür ein Preisaufschlag erhoben, vgl. etwa Kabelmetal Preisliste 1968.

2) VDE 0100/12.65 § 31 Nr.

3) Preisvergleich aus dem Sortiment der Firmen Woolworth und Bilka, die - soweit ersichtlich - als einzige noch die "verbotenen" Doppelstecker verkaufen.

4) Stecklum, Prüfungswang S. 27.

5) Nach Stecklum, Prüfungswang S. 27 soll die durchschnittliche Zahl der Wettbewerber pro Erzeugnis etwa 8-10 betragen. Wenn gleich diese Zahl als sehr niedrig erscheint, gibt sie doch einen Anhaltspunkt für die Annahme, daß die Zahl der Anbieter immerhin so gering ist, daß das Verhalten einiger Produzenten nicht ohne Einfluß auf das Marktgeschehen ist.

6) Vgl. Sandroock, Grundbegriffe S. 210 ff (214).

noch tatsächlich unmöglich ist. 1)

Auswirkungen für die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Endabnehmer (Letztverbraucher) könnten sich aus VDE-Bestimmungen auch insoweit ergeben, als eine Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungen im Hinblick auf gewerbliche Leistungen erfolgt. Da es sich bei den Installateuren jedoch häufig um "zugelassene" 2) Installateure handelt, denen ein Abweichen von VDE-Bestimmungen aufgrund ihrer Vereinbarung mit dem betreffenden Energieversorgungsunternehmen ohnehin nicht erlaubt ist, wird sich insoweit nur selten eine spürbare Marktbeeinflussung ergeben.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß die meisten VDE-Bestimmungen als Kartellbeschlüsse im Sinne des § 1 anzusehen sind. Sie unterliegen daher grundsätzlich dem Kartellverbot.

Zweiter Abschnitt: Empfehlungsverbot

Die Bedeutung der VDE-Bestimmungen erschöpft sich nicht in der inhaltlichen Gestaltung der mitgliedschaftlichen Pflichten der Mitglieder des VDE.

VDE-Bestimmungen sollen nach Ansicht der im VDE vereinten Elektrotechniker die Ordnungsmäßigkeit von Gegenstandsbeschaffungen und Verhaltensweisen im Elektrobereich insgesamt gewährleisten. Ihre Beachtung wird daher nicht nur von den Mitgliedern, sondern von allen Personen gefordert, die mit elektrischer Energie, Energieanlagen oder Verbrauchsmaterial und Elektrogeräten in Berührung kommen.

Soweit die Beachtung von VDE-Bestimmungen dabei zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen führt, kann das Verbot von Kartellempfehlungen nach § 38 Abs. II S. 2 Bedeutung erlangen.

1) Das Interesse der Verbraucher an den verbotenen Doppelsteckern läßt darauf schließen, daß Letztverbraucher trotz des (verfassungswidrigen) Abschnitts V Ziff. 1 AVB am Kauf VDE-widriger Produkte interessiert sind.

2) Vgl. oben S. 33.

1. Allgemeines

Nach § 38 Abs. II S. 2 handelt ordnungswidrig, wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der im GWB ausgesprochenen Verbote durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben.

Ausgehend vom Wortlaut dieser Bestimmung (... Ordnungswidrigkeit schuldig macht ...), der Entstehungsgeschichte und der Stellung im Bereich der Ordnungswidrigkeiten wurde zunächst gefolgert, daß es sich hierbei nicht um ein materielles Verbot handle.¹⁾

Der Sinn des § 38 und die in § 38 Abs. II S. 3 und § 38 Abs. III geregelten Ausnahmen sprechen jedoch dafür, daß der Ordnungswidrigkeitstatbestand zugleich das materielle Verbot enthält.²⁾

Die Ausnahmeregelung des § 38 Abs. II S. 3 und § 38 Abs. III deuten sowohl ihrem Wortlaut nach (... gilt nicht ...) wie auch ihrem Zweck nach darauf hin, daß es sich hierbei nicht nur um nicht ordnungswidrige, sondern um erlaubte Empfehlungen handelt. Der materielle Charakter der Ausnahmebestimmung ist ein Indiz für ein materielles Verbot in § 38 Abs. II S. 2.

Sinn und Zweck des § 38 Abs. II S. 2 ist es, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen auch dann zu verhindern oder zumindest zu erschweren, wenn eine entsprechende Absprache nicht nachweisbar ist. Der damit verfolgte Zweck gehört zum materiellen Kartellrecht. Daraus ergibt sich der materielle Charakter des § 38 Abs. II S. 2. Erst wenn das materiell-rechtliche Emp-

1) So Hirsch, Kontrolle S. 28; Langen, NJW 1959 S. 462 ff (464) u. Kommentar, 3. Aufl. § 38 Anm. B VII 1 mwN u. Rowedder, MDR 1958 S. 384 ff (389); der Reg.Entw. enthielt in § 24 ein ausdrückliches Empfehlungsverbot.

2) Der BGH Urteil v. 8.10.1958 "4711" WuW/E 251 ff (252) u. Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 12 stützen sich dabei auf die Entstehungsgeschichte. Die Regelung des Entwurfs mit dem Verbot in § 24 und der entsprechenden Strafbestimmung in § 31 Ziff. 7 und die jetzige Fassung als Ordnungswidrigkeit lassen aber allenfalls entnehmen, daß damit nicht jeder materielle Verbotscharakter ausgeschlossen werden sollte.

fehlungsverbot verletzt ist, greift der in § 38 Abs. II S. 2 zugleich enthaltene Ordnungswidrigkeitstatbestand ein. ¹⁾

Gegen das Empfehlungsverbot sind verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden, die auch für die Auslegung des Tatbestandes praktische Konsequenzen zeigen. ²⁾

Da die Empfehlung die Meinungsäußerung beinhaltet, daß ein bestimmtes Verhalten für richtig oder zumindest empfehlenswert gehalten wird, unterliegt sie grundsätzlich dem Schutz von Art. 5 Abs. II GG. ³⁾

- 1) Ehle, Umgehung S. 20 f; Huber, Empfehlungsverbot S. 19; Giefers, Preisempfehlungen S. 65; Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 12; Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 25; Schramm und Klaker, WRP 1958 S. 75 ff (75); Seydel, NJW 1959 S. 978; Strickrodt, B 1959 S. 132 ff (133).
- 2) Wenngleich § 38 II 2 nur den Empfehlenden, nicht aber den Empfehlungsempfänger bestraft, liegt ein Verstoß gegen Art. 3 nicht vor (anders Hoth, WRP 1959 S. 198 ff (199); Krahe, WuW 1960 S. 477 ff (478) mwN. Der BGH Beschluß v. 14.1.1960 "Kohlenplatzhandel" WuW/E 369 ff (370 f); ebenso Büntig, BB 1960 S. 384 f (384); Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (240); Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 26 begründen dies damit, daß nur der Empfehlende als Umgehungstäter anzusehen sei, da der Wortlaut des § 38 durch das Merkmal "bewirken" jedoch klarstellt, daß die Empfehlung die Umgehungshandlung nur verursacht, nicht darstellt, erscheint diese Begründung nicht überzeugend; Art. 3 I beinhaltet jedoch nur ein Willkürverbot. Die Gründe der Sach- und Beweislage, die nur zu einer Strafbarkeit des Empfehlenden und nicht des Empfehlungsempfängers führen, lassen diese Ungleichbehandlung als sachlich gerechtfertigt erscheinen (vgl. dazu allg. Urteile v. 23.10.1951 BVerfGE 1 S. 14 ff (52), 16.3.1955 BVerfGE 4 S. 145 ff (155); im Ergebnis ebenso Frankf.Komm., § 38 Tz. 67; Teichmann, WRP 1966 S. 91 ff (94); Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 7; auch der BGH aaO WuW/E 371 stützt sich außerdem auf diese Überlegung. Ein Verstoß gegen Art. 103 II liegt nicht vor, denn selbst wenn man § 38 II 2 als Analogie zu § 38 I 1 auffaßt (Teichmann, WRP 1966 S. 91 ff), so verstößt dies nicht gegen das Analogieverbot, da hierdurch nicht der Gesetzgeber selbst gehindert wird, Analogietatbestände zu schaffen, falls diese hinreichend bestimmt sind (vgl. BGH aaO (372); Hoth, WRP 1959 S. 199 ff (210)).
- 3) Vgl. hierzu allgemein: BVerfG Urteil v. 15.1.1958 NJW 1958 S. 257 f (258); BVerwG Urteil v. 20.6.1958 NJW 1958 S. 1407 ff (1408).

Die sich aus Art. 5 Abs. I S. 1 ergebende Garantie der Empfehlungsfreiheit findet jedoch ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen, Art. 5 Abs. II GG.

Versteht man unter den allgemeinen Gesetzen einen Wertbegriff, der eine Abwägung der Rechtsgüter und Interessen fordert, so können damit nur solche Rechtsnormen gemeint sein, die gegenüber den Wirkungen der freien Meinungsäußerung ein vorrangiges Rechtsgut schützen.¹⁾

Danach müßte in allen Fällen eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und der Intensität der Wettbewerbsbeeinträchtigung erfolgen. Ein Vorrang des Empfehlungsverbotes wäre daraus wohl nur dann zu begründen, wenn die Empfehlung faktisch bindend ist.²⁾

Der Güterabwägungstheorie ist zuzugeben, daß zwischen dem eingeschränkten Grundrecht und dem beschränkenden Gesetz eine gegenseitige Wechselwirkung besteht. Auch das einschränkende Gesetz ist wiederum unter dem Gesichtspunkt des einzuschränken- den Grundrechts auszulegen.

Andererseits wird mit Art. 5 Abs. I S. 1 nicht die - wie auch immer geartete - allgemeine Handlungsfreiheit geschützt, sondern nur das Sonderrecht der Meinungsfreiheit. Das spricht dafür, daß Art. 5 GG ausdrücklich nur solche Gesetze verhindern will, die eine Meinung als solche verbieten.³⁾

Als allgemeine Gesetze sind daher diejenigen Rechtsnormen anzusehen, die sich gegen die aus der Meinungsäußerung ergebende Wirkung, vor allem das aus ihr hervorgehende Handeln und nicht nur gegen die Meinungsäußerung als solche richten.

1) Smend, Recht S. 52; ebenso wohl BVerfG Urteil v. 15.1.1958 NJW 1958 S. 257 f (258).

2) Huber, Empfehlungsverbot S. 36 ff; Kuhlmann, WRP 1959 S. 195 ff (195); vgl. auch Ehle, Umgehung S. 84.

3) Sondergesetzelehre (hM), Giese-Schunck, Art. 5 Anm. 6; von Mangoldt-Klein, Art. 5 Anm. IX 3 a; Maunz, Staatsrecht S. 114 mwN.

Da in § 38 Abs. II S. 2 die Empfehlung nicht um ihrer Äußerung und damit ihrer selbst willen, sondern wegen der von ihr bewirkten Verbotsumgehung durch gleichförmiges Verhalten untersagt wird, ist die Meinungsfreiheit insoweit zulässig eingeschränkt. ¹⁾

2. Ausgesprochene Empfehlungen

Anknüpfungspunkt für das Verbot des § 38 Abs. II S. 2 ist das Aussprechen von Empfehlungen, soweit diese geeignet sind, eine Umgehung der Verbotsnormen des GWB oder der von der Kartellbehörde aufgrund des GWB erlassenen Verbote zu bewirken und darüber hinaus diesen Erfolg tatsächlich herbeigeführt haben.

2.1. Verbotsadressaten

§ 24 Abs. 1 des Regierungsentwurfs zum GWB hatte es gesetzlichen Vertretern, Geschäftsführern und sonstigen Beauftragten eines Kartells untersagt, Empfehlungen auszusprechen. ²⁾ Da dieser Täterkreis als zu eng angesehen wurde, wurde diese Beschränkung bereits im Entwurf des wirtschaftspolitischen Ausschusses fallengelassen. ³⁾

Auch der Wortlaut des § 38 Abs. II S. 2 (Wer) läßt keine Beschränkung des Kreises der Verbotsadressaten erkennen.

Dennoch wird zum Teil der Versuch gemacht, als Empfehlende im Sinne des § 38 Abs. II S. 2 diejenigen Personen auszuklammern, die von einer wettbewerbsneutralen Position aus handeln. ⁴⁾

1) Im Ergebnis seit dem Beschluß des BGH v. 14.1.1960 WuW/E 369 ff herrschende Meinung, vgl. die Nachweise bei Müller-Giessler, § 38 Rdz. 38.

2) BT-Drucks. II 1158.

3) BT-Drucks. II 3644.

4) Benisch, WuW/E BGH 373 ff (376);, Günther, Diskussionsbeitrag S. 51 f; Krahe, WuW 1960 S. 477 ff (482 f); Huber, Empfehlungsverbot S. 42 ff (43, 51).

Die Empfehlung sei eine Wettbewerbshandlung, deren sich nur ein Einzelunternehmen oder ein Kartell zum Zwecke der Wettbewerbsbeeinflussung bediene. Behörden, Kammern, Ausschüsse, die freien Berufe und auch der deutsche Normenausschuß (DNA) handelten frei von unternehmerischen Eigeninteressen. Sie kämen daher als Verbotsadressaten nicht in Betracht.

Diese erkennbar von dem Bestreben getragene Auffassung, die wirtschaftsberatende Tätigkeit wettbewerbsneutraler Stellen nicht durch § 38 Abs. II S. 2 zu behindern, widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des § 38 Abs. II S. 2, Umgehungen der im GWB enthaltenen Verbote zu verhindern.

Ob die mit dieser Auffassung nicht erfaßten Empfehlenden tatsächlich in wettbewerbsneutraler Funktion tätig werden, kann im Einzelfall sehr schwer feststellbar sein. Damit bietet sich eine Umgehung eines derart eingeschränkten Empfehlungsverbot es aber geradezu an, indem die an der Wettbewerbsbeschränkung interessierten Kreise die Bekanntmachung von Empfehlungen auf an sich wettbewerbsneutrale Stellen übertragen.¹⁾

Im Einklang mit dem Wortlaut des § 38 Abs. II S. 2 ist daher davon auszugehen, daß sich das Empfehlungsverbot gegen jeden richtet, gleichgültig ob der Betreffende an wirtschaftlichen Interessen aktiv teilnimmt oder ein Außenstehender ist.²⁾

2.2. Empfehlungsbegriff

Obwohl die Empfehlung bereits durch die Kartellnotverordnung vom 26.7.1930 als gesetzestechnischer Begriff in das Kartellrecht eingeführt wurde, besteht noch keine Einigkeit darüber, welche Verhaltensweisen darunter verstanden werden sollen.

1) Vgl. Bericht des BKA 1962 S. 31 (BT-Drucks. IV 1220), wo ein Notar als Meldestelle eingeschaltet war (in diesem Fall diente das Meldeverfahren jedoch marktstatistischen Zwecken).

2) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 11; Eckstein, Kriterien S. 84; Ehle, Umgehung S. 69; Frankf.Komm., § 38 Tz. 86; Hoth, WRP 1958 aaO (294); Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 10; Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 7; Müller-Giessler, § 38 Rdz. 34; Rowedder, MDR 1958 S. 384 ff (387); Seydel, WRP 1957 S. 254 ff (255).

Der Begriff der Empfehlung findet sich zwar außer in § 38 GWB noch in den Vorschriften der §§ 676 BGB, 24, 25 WZG, doch läßt sich hieraus für den hier interessierenden Bereich keine Begriffsbestimmung ableiten.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter einer Empfehlung eine Erklärung zu verstehen, in der jemand etwas für einen anderen als gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb nahelegt, anrät oder vorschlägt.¹⁾

Daraus läßt sich entnehmen, daß die Empfehlung in einen objektiven und einen subjektiven Teil zerfällt und der Kundgabe nach außen bedarf.

2.2.1. Objektive Merkmale

Aus dem Wortlaut läßt sich für den Begriff der Empfehlung zunächst entnehmen, daß es sich um eine einseitige Erklärung handelt.

Dem Empfehlenden kommt es nicht darauf an, daß die Adressaten die Einhaltung der Empfehlung zusagen.²⁾ Ist die Erklärung des Empfehlenden daher nur der Anlaß zu einer zweiseitigen oder kollektiven Verständigung, so liegt bei entsprechendem Inhalt eine unmittelbar gegen § 1 (oder § 15) verstoßende Wettbewerbsbeschränkung vor.³⁾

Die Empfehlung ist dadurch charakterisiert, daß etwas empfohlen wird. Sie erhält erst ihren Sinn aus einer Beziehung zu

1) BGH Beschluß v. 14.1.1960 "Kohlenplatzhandel" WuW/E 369 ff (370).

2) Benisch, B 1959 S. 451 ff (452); Huber, Empfehlungsverbot S. 52; Schwammberger, NJW 1959 S. 2189 ff (2190); BGH Urteil v. 15.12.1953 WuW 1954 S. 271 ff (273); BGH Urteil v. 8.10.1958 WuW/E 251 ff (252).

3) Anders diejenigen Autoren, die gentlemen's agreement als wechselseitige Empfehlungen konstruieren, vgl. oben S. 43.

einem bestimmten Sachverhalt. ¹⁾

§ 24 des Regierungsentwurfs begrenzte den Kreis der inhaltlich unzulässigen Empfehlungen auf Preis-, Kontingentierungs- und Diskriminierungsempfehlungen. Diese gegenständliche Begrenzung wurde in § 38 Abs. II S. 2 aufgegeben, da es neben diesen Empfehlungsarten noch eine Reihe anderer Empfehlungen gibt, die zu einer Umgehung der Verbote des GWB führen können.

Für den Bereich der Kartellempfehlungen entfällt damit jedoch nicht jede gegenständliche Begrenzung der möglichen Inhalte.

Das Verbot von Kartellempfehlungen soll einen umfassenden Rechtsschutz gegen Umgehungen des Kartellverbots gewährleisten. Daraus ergibt sich, daß § 38 nur dann eingreifen kann, wenn eine mit dem Inhalt der Empfehlung geschlossene Kartellvereinbarung von § 1 erfaßt würde. Dem Kartellverbot unterliegen aber nur solche Vereinbarungen, deren Gegenstand und Inhalt eine Wettbewerbsbeschränkung ist. Im Hinblick auf die Strafbarkeit von Empfehlungen muß der Rechtssicherheitsgedanke auch hier zu einer Einschränkung des Empfehlungsverbots auf solche Empfehlungen führen, deren Gegenstand und Inhalt eine Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungen der Adressaten ist. ²⁾

-
- 1) Der BGH Beschluß v. 14.1.1960 WuW/E 369 ff (370), Beschluß 6.6.1963 "Osco-Parat" WuW/E 536 ff (541) ist der Ansicht, daß der Gegenstand der Empfehlung außerhalb des Begriffs stehe (dagegen Ehle, Umgehung S. 32 f). Dem BGH ist zuzugeben, daß sich die Mitteilung und das anschließende Für-gut-erklären begrifflich trennen lassen. Da jedoch Empfehlung und Empfehlungsgegenstand in engem Zusammenhang stehen und auch der BGH davon ausgeht, daß § 38 II 2 nur Empfehlungen mit bestimmten Inhalten erfaßt, erscheint es müßig, diese Frage weiter zu verfolgen.
- 2) Ebenso Ehle, Umgehung S. 33 f u. WuW 1963 S. 971 ff (975); Fikentscher, Preisempfehlung S. 61; Huber, Empfehlungsverbot S. 50; Teichmann, WRP 1966 S. 91 ff (94).

2.2.2. Subjektive Merkmale

In der Literatur ist streitig, ob der Empfehlungsbegriff auch subjektive Merkmale enthält.

Zum Teil wird in § 38 Abs. II S. 2 lediglich auf den objektiven Charakter und die Wirkung der jeweiligen Erklärung abgestellt.

Dies wird damit begründet, daß "Empfehlung" kein finales Wort sei; die Aufnahme von subjektiven Elementen in diesen Begriff sei daher unzulässig. § 38 Abs. II S. 2 stelle nicht auf das Bestreben oder bestimmte Absichten, sondern allein auf die objektiven Auswirkungen ab. Außerdem sei ein subjektives Element deshalb bedenklich, weil im Einzelfalle Beweisschwierigkeiten auftreten könnten.¹⁾

Dagegen wird geltend gemacht, daß das Wort "empfehlen" im Gegensatz zu einer bloßen Meinungsäußerung oder einer Information auf ein zweckgerichtetes Verhalten hindeutet.²⁾

Wenn § 38 Abs. II S. 2 Empfehlungen erst dann als Ordnungswidrigkeit verfolgt, sobald sie zu objektiven Auswirkungen auf dem Markt geführt haben, so zwingt dies nicht zur Annahme eines objektiven Empfehlungsbegriffs.

§ 38 Abs. II S. 2 mißbilligt das Empfehlen als echte Unrechthandlung und richtet sich damit gegen ein Mittel, das der Erklärende für ein bestimmtes Ziel einsetzt. Daß das Gesetz die auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtete Absicht nicht allein für ein Verbot als ausreichend erachte, sondern erst beim Hinzutreten des Erfolges einschreite, soll subjektive Merkmale nicht

1) Giefers, Preisempfehlungen S. 34 f; Gleiss, BB 1958 S. 431 f (431); Hoth, WRP 1958 S. 289 ff (293); Seydel, WRP 1957 S. 254 ff (254); Völp, WRP 1958 S. 326 ff (328) u. 1960 S. 115 ff (116).

2) Frankf.Komm., § 38 Tz. 70; Huber, Empfehlungsverbot S. 40; Würdinger, WuW 1958 S. 503 ff (508).

ausschließen. ¹⁾

Für das Erfordernis eines Beeinflussungswillens für den Bereich der Kartellempfehlungen spricht jedoch zwingend der Charakter des § 38 Abs. II S. 2 als Umgehungstatbestand. Das Umgehungsverbot kann damit nicht weiter reichen als das umgangene Verbot.

Das Kartellverbot will und kann nicht alle Möglichkeiten des wirtschaftlichen Handlungsablaufs im vollen Umfange, sondern nur gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund einer Willensüber-einkunft der Beteiligten schützen. Das Umgehungsverbot kann daher ebenfalls nur die Fälle erfassen, in denen das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger nicht aufgrund der tatsächlichen Marktgegebenheiten, sondern auf einer Einflußnahme des Empfehlernden beruht. Bei einer bloßen Mitteilung von Tatsachen erfolgt das gleichförmige Verhalten der Adressaten ebenso wie das parallele Marktverhalten ohne Absprache aufgrund der tatsächlichen Marktgegebenheiten und einer selbständigen Willensentschließung.

Informationen oder Mitteilungen ohne subjektive Elemente müssen daher für den Begriff der Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. II S. 2 ausscheiden. ²⁾

Ausgehend vom Wortsinn ist danach ein Bestreben erforderlich, den Willen des Empfehlungsempfängers in einem bestimmten Sinne zu beeinflussen. Anders als bei bloßen Mitteilungen, Informationen oder Schlußfolgerungen versucht der Empfehler nicht nur auf den Erkenntnis-, sondern auch auf den Willensbildungsvorgang der Angesprochenen Einfluß zu nehmen und diesen in eine

1) So im Ergebnis Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 4; Ehle, WuW 1963 S. 971 ff (977); Fikentscher, Preiseempfehlung S. 63; Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (239); Paul, B 1958 S. 1149 ff (1150); Würdinger, WuW 1958 S. 503 ff (508).

2) Die mit dem subjektiven Tatbestandselement verknüpften Beweis-schwierigkeiten fallen nicht schwer ins Gewicht, da es meist gelingen wird, den Empfehlungswillen aus der Mitteilung oder den Umständen festzustellen. Vgl. etwa AG Stuttgart Strafbefehl 28.6.1951 WuW/E LG/AG 5; AG München Urteil v. 2.9.1953 WuW/E LG/AG 14.

bestimmte Richtung zu lenken. ¹⁾

2.2.3. Kundgabe

Die Kundgabe der Empfehlung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden.

Sie kann sowohl mündlich ausgesprochen, wie auch schriftlich erteilt werden. Dies ergibt sich einmal aus dem Wortlaut des § 38 Abs.II S. 2 (... ausgesprochen hat ...) als auch aus seinem Zweck, Verbotsnormen vor Umgehungshandlungen zu schützen. ²⁾ Erforderlich ist aber, daß der Wille zur Beeinflussung zum Ausdruck kommt.

Ein Teil der Literatur verlangt dabei, daß sich der Empfehlungswille - ausdrücklich ³⁾ oder konkludent ⁴⁾ - unmittelbar aus der Empfehlung selbst ergibt.

-
- 1) So im Ergebnis Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 4; Benisch, WuW /E BGH 373 ff (377); v.Beringe, B 1960 S. 289 ff (290); Büntig, BB 1960 S. 384 f (384); Deringer, BB 1960 S. 343; Ehle, Umgehung S. 37; Fikentscher, Preisempfehlung S. 63; Gieffers, Preisempfehlungen S. 41; Huber, Empfehlungsverbot S. 54; Hengstenberg, WuW 1958 S. 439 ff (442); Kesselhut, Ordnungswidrigkeit S. 29 f; Krahe, WuW 1960 S. 477 ff (480); Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 8; Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 6; Müller-Giessler, § 38 Rdz. 38; Rasch-Westrick, § 38 Rdz. 6; BGH Beschluß v. 14.1.1960 "Kohlenplatzhandel" WuW/E 379 ff (371); Beschluß v. 6.6.1963 "Osco-Parat" WuW/E 636 ff (540); OLG Celle Beschluß v. 24.8.1962 "Brotkrieg" WuW/E 500 ff (503); KG Beschluß v. 9.3.1962 "Armbanduhrn" WuW/E 455 ff (456); OLG Stuttgart Beschluß v. 19.5.1961 "Bierpreisempfehlung" WuW/E 411 ff (414).
 - 2) Der Böhm-Entwurf (abgedruckt WuW 1955 S. 319 ff) beschränkte das Empfehlungsverbot dagegen auf schriftliche Empfehlungen.
 - 3) v.Beringe, BB 1960 S. 289 ff (290); Hengstenberg, WuW 1958 S. 439 ff (441); Leo, AG 1960 S. 32 ff (35), Rowedder, MDR 1958 S. 384 ff (387).
 - 4) Benisch, WuW/E BGH 373 ff (377).

Die Erklärung des Beeinflussungswillens muß danach entweder in der Weise erfolgen, daß der Empfehlende die Erwartung, den Wunsch oder die Hoffnung ¹⁾ ausspricht, der Adressat möge sich im Sinne der Mitteilung verhalten oder zumindest ein bestimmtes Verhalten als richtig, zweckmässig, marktgerecht oder kaufmännisch vernünftig bezeichnet. ²⁾

Diese Auffassung bringt den Vorteil der Rechtsklarheit mit sich; sie ermöglicht eine klare Abgrenzung der Empfehlungen gegenüber zulässigen Informationen. Die Anknüpfung an dieses formale Kriterium weist jedoch bereits auf die möglichen Umgehungen hin. Da für die Abfassung der Empfehlung den Gestaltungsmöglichkeiten des Empfehlenden keine Grenzen gesetzt sind, wird es nicht unbedingt erforderlich sein, den Beeinflussungswillen in der Empfehlung selbst kenntlich zu machen. ³⁾

Der Schutzzweck des § 38 erfordert jedoch auch das Verbot von verdeckten und getarnten Empfehlungen. Für die Kundgabe der Empfehlung muß daher ausreichen, daß sich der Beeinflussungswille aus dem Sinn der Empfehlung und den begleitenden Umständen für den Adressaten erkennen läßt. ⁴⁾

Ob der so kundgemachte Beeinflussungswille eine besondere Intensität besitzen muß, ist bestritten.

Nach der Lehre von der faktischen Bindung liegt eine Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. II S. 2 nur dann vor, wenn die Adressaten nicht frei darüber entscheiden können, ob sie der Empfehlung folgen wollen oder nicht.

1) Giefers, Preisempfehlungen S. 27; Hengstenberg, WuW 1958 S. 439 ff (441).

2) Benisch, B 1957 S. 789 ff (790); Langen, NJW 1959 S. 462 ff (463); Lutz, NJW 1958 S. 128 f (128); Meyer-Cording, NJW 1953 S. 565 ff (566).

3) Vgl. Pickel, BB 1963 S. 699 ff (707 f); unzulässige Empfehlung durch falsche Zweckmeldung in der Preisse.

4) Herrschende Meinung, vgl. Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 7, 11; Frankf.Komm., § 38 Tz. 73; Ehle, WuW 1963 S. 977 ff (982); Gleiss, BB 1958 S. 431 f (431); Kracht, BB 1958 S. 465 ff (466); Krahe, WuW 1960 S. 477 ff (481); Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 9; BKA Brief v. 24.1.1964 "Ratio-Verbrauchermarkt" WuW/E 802 f (803).

Soweit diese Meinung dieses Erfordernis aus dem Begriff der Empfehlung ableitet ¹⁾, ist sie überwiegend auf Ablehnung gestossen, da sie die Worte "Empfehlung" und "bewirken" in § 38 Abs. II S. 2 in unzulässiger Weise vermengt. Da die Empfehlung selbst die Entschliebungsfreiheit der Adressaten unberührt läßt, könnte sich eine derartige Bindungswirkung nur aus zusätzlichen Maßnahmen ergeben (Versprechen von Vorteilen oder wirtschaftlicher Druck), die jedoch außerhalb des Empfehlungsbegriffes stehen. Auch umfaßt der Empfehlungsbegriff rein zeitlich die Spanne von der Äußerung der Empfehlung bis zu ihrer Wirkung. ²⁾

Zumeist wird das Merkmal der tatsächlichen Bindung jedoch aus dem Sinn und Zweck des § 38 Abs. II S. 2 hergeleitet. Da der Schutzzweck des GWB und damit auch des § 38 Abs. II S. 2 in der Sicherung der Willens-, Entschliebungsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit der Einzelunternehmen im Wettbewerb bestehe, könne eine Empfehlung nur dann diesen Schutzzweck berühren und damit verboten sein, wenn sie die Entschliebungsfreiheit der Empfehlungsempfänger beschränke. ³⁾

Mit dem Verbot der Empfehlung als einem Mittel der Wettbewerbsbeschränkung will § 38 Abs. II S. 2 das Zustandekommen eines gleichförmigen Verhaltens mehrerer Unternehmen verhindern, das den gleichen unerwünschten Erfolg herbeiführt wie ein ins Werk gesetztes Kartell; das Empfehlungsverbot dient also dem gleichen Schutzzweck wie das Kartellverbot.

Das Kartellverbot will jedoch nicht die am Kartellvertrag beteiligten Unternehmen vor einer - in der Regel freiwillig eingegangenen - Bindung ihrer wirtschaftlichen Entschliebungsfreiheit schützen, sondern entweder den wirtschaftlichen Inter-

1) Huber, Empfehlungsverbot S. 37, 56, 86; Löffler und Glaser, B 1959 S. 279 ff (281).

2) Ehle, Umgehung S. 56; Giefers, Preisempfehlung S. 37 mwN.

3) Benisch, B 1957 S. 789 ff (790) u. WuW 1959 S. 3 ff (7 f); Günther, BB 1957 S. 721 ff (721); Hengstenberg, WuW 1958 S. 439 ff (444); Huber, Empfehlungsverbot S. 36 f; Langen, NJW 1959 S. 462 ff (464 f); Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (239); Leo, AG 1960 S. 32 ff (36); Löffler und Glaser, B 1959 S. 279 ff (281); Müller-Gries, § 38 Anm. 25, 33; OLG Hamburg Beschluß v. 24.8.1959 "Kohlenplatzhandel" WuW/E 290 ff (294).

essen der Partner der Marktgegenseite oder des Wettbewerbs als Institution oder einer bestmöglichen Versorgung der Verbraucher dienen. ¹⁾

Soweit dabei die Entschließungsfreiheit der Beteiligten (in diesem Falle also der Empfehlungsadressaten) geschützt wird, geschieht dies nur mittelbar als Folge von anderen Zwecken.

Schwerwiegender ist jedoch das von den Vertretern einer faktischen Bindung vorgetragene Argument des Vergleichs von § 38 Abs. II S. 2 mit § 38 Abs. I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1.

Das Kartellverbot wolle die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit der Marktgegenseite nicht schlechthin, sondern nur dagegen schützen, daß die Kartellbeteiligten auf ihre eigene Entscheidungsfreiheit verzichten und dieser dadurch ihre Funktion nehmen. Dieser innere Zusammenhang zwischen der Entscheidungsfreiheit der Unternehmen und der Betätigungsfreiheit der übrigen Marktbeteiligten müsse auch im Empfehlungsverbot beachtet werden. ²⁾

Dieser Argumentation ist zuzugeben, daß der Verzicht auf die Entschließungsfreiheit infolge einer Empfehlung in der Praxis häufig auf einer tatsächlichen Wettbewerbsbindung beruht.

Der Wettbewerb als wirtschaftlicher Handlungsablauf ist jedoch schon dann beeinträchtigt, wenn die Willensbildung der Wettbewerber über ihr Marktverhalten nicht auf den tatsächlichen Marktgegebenheiten und eigenen wirtschaftlichen Überlegungen, sondern auf Veranlassung Dritter beruht.

Eine Wettbewerbsbeschränkung kann daher auch dann vorliegen, wenn die Wettbewerber von sich aus aufgrund der Einflußnahme des Empfehlenden auf ihre wirtschaftlichen Handlungen verzichten. ³⁾

1) Vgl. oben S. 102.

2) So Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 18; wohl auch Frankf.Komm., § 38 Tz. 95; Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 28.

3) Der BGH WuW/E 369 ff (372) weist darauf hin, daß eine Wettbewerbsbeschränkung auch dann eintreten kann, wenn die Befolgung der Empfehlung aus eigenen Interessen oder aus Bequemlichkeit erfolgt. Ebenso Ehle, Umgehung S. 60; Fikentscher, Preisempfehlung S. 65; Giefers, Preisempfehlungen S. 82.

Auch der Aufbau des § 38 Abs. II S. 2 spricht gegen das Erfordernis einer faktischen Bindung.

Wenn § 38 Abs. II S. 2 nur die Fälle erfassen sollte, in denen eine faktische Bindung der Adressaten eintritt, hätte als Anknüpfungspunkt für die strafrechtlichen Folgen entsprechend der Strafbarkeit nach § 38 Abs. I S. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 das Aussprechen von Empfehlungen mit der Eignung zur Marktbeeinflussung ausgereicht.

Da der Gesetzgeber in § 38 Abs. II die Strafbarkeit von dem tatsächlich eingetretenen Erfolg abhängig macht, zeigt sich, daß der Gesetzgeber an die Bindungskraft der Empfehlung keine besonderen Anforderungen stellen wollte.¹⁾

Zudem steht § 38 Abs. II S. 2 im engen Zusammenhang mit § 38 Abs. II S. 1, wonach die Empfehlung als ein Mittel der Anstiftung bei der Begehung von Ordnungswidrigkeiten bestraft wird. Nach strafrechtlichen Grundsätzen genügt für den Anstiftungstatbestand aber jedes kausale Tätigwerden des Anstiftenden, durch das der Entschluß zur Tat hervorgerufen wird. Faktisch bindende Umstände brauchen nicht hinzuzutreten.

Zwischen § 38 Abs. II S. 2 und § 38 Abs. II S. 1 besteht aber insoweit kein Unterschied, als die Empfehlung die Ursache eines unerwünschten Verhaltens ist.²⁾

Gegen das Erfordernis einer faktischen Bindung sprechen weiterhin die Ausnahmen vom Empfehlungsverbot, die Mittelstandsempfehlung, § 38 Abs. II S. 3 und die Normenempfehlung, § 38 Abs. III.

Voraussetzung der Freistellung vom Empfehlungsverbot ist in diesen Fällen, daß zur Durchsetzung dieser Empfehlungen kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck verwendet wird, die Empfehlungen also für den Adressaten nicht faktisch bindend sind. Dieser Ausnahmenvorschriften, deren Anwendung außerdem von zusätzlichen Kriterien abhängt (Mittel-

1) In § 25 Abs. I und II Nr. 3 hat der Gesetzgeber dagegen aufgrund der eine faktische Bindung hervorrufenden Einwirkungsmittel auf den Eintritt der Wettbewerbsbeschränkung verzichtet.

2) Ehle, Umgehung S. 63; Hoth, WRP 1959 S. 99 ff (103); Seydel, WRP 1957 S. 254 ff (254).

stands- bzw. lediglich Normenempfehlungen) hätte es nicht bedurft, wenn faktisch unverbindliche Empfehlungen nicht unter das Empfehlungsverbot fielen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Beeinflussung durch den Empfehlenden nicht zu einer faktischen Bindung der Empfehlungsadressaten geführt haben muß.¹⁾

2.3. Empfehlungsadressaten

Im Text des § 38 Abs. II S. 2 sind die Empfehlungsempfänger nicht ausdrücklich erwähnt, sondern durch den Begriff des gleichförmigen Verhaltens miterfaßt.

Soweit das Verhalten zu einer Umgehung des Kartellverbots geführt haben muß, ist der Kreis der für § 38 Abs. II S. 2 bedeutsamen Empfehlungsempfänger auf Unternehmen im Sinne des § 1 beschränkt.²⁾

Dabei muß es sich nach überwiegender Meinung um Empfehlungen an mehrere Unternehmen handeln.³⁾ Dies ergebe sich einmal aus dem Wortlaut, wonach § 38 Abs. II S. 2 nur Empfehlungen betreffe, zum anderen aus dem Begriff des gleichförmigen Verhaltens.

Dagegen ist geltend gemacht worden, daß ein gleichförmiges Verhalten auch dann eintreten könne, wenn die einem Unternehmen

-
- 1) Becher, BB 1958 S. 430 f (430); Dölz, WRP 1958 S. 161 ff (164); Gleiss, BB 1958 S. 431 f (431); Fikentscher, Preisempfehlung S. 67 ff; Hoth, WRP 1958 S. 289 ff (294); Kracht, BB 1958 S. 465 ff (466); Loos, BB 1958 S. 176 ff (177); Steindorff, JZ 1959 S. 197 ff (200); Würdinger, WuW 1958 S. 503 ff (507 ff); BGH Beschluß v. 14.1.1960 WuW/E 369 ff (370).
 - 2) Hoth, WRP 1958 S. 289 ff (295); Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 9 sind dagegen im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Auffassung, daß auch Endverbraucher Adressaten sein können. Daran ist richtig, daß es für den Empfehlungsbegriff unerheblich ist, an wen die Empfehlungen gerichtet werden. Soweit die Unternehmereigenschaft fehlt, kann jedoch die erforderliche Kartellumgehung nicht eintreten; wie hier Baumbach-Hefermehl § 38 Rdz. 4, 11; Ehle, Umgehung S. 70 f; Huber, Empfehlungsverbot S. 71; Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 29; Kesselhut, Ordnungswidrigkeit S. 78.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 12; Huber, Empfehlungsverbot S. 71; Paul, B 1958 S. 1319 ff (1319).

gegenüber ausgesprochene Empfehlung von diesem weitergegeben wird. ¹⁾

Wenngleich diese Überlegung nicht zwingend erscheint, da in diesem Fall die Empfehlung des weitergebenden Unternehmens selbst vom Verbot des § 38 Abs. II S. 2 erfaßt wird, ist dieser Auffassung im Ergebnis zuzustimmen. Ein gleichförmiges Verhalten aufgrund einer Empfehlung kann nämlich auch dann eintreten, wenn eine Lücke in der einheitlichen Front der Anbieter (Nachfrager) dadurch geschlossen wird, daß sich ein Außenseiter aufgrund der Empfehlung wie die anderen Unternehmen verhält. ²⁾ Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung "Empfehlungen" zwingt nicht zu besonderen Konsequenzen wie der Vergleich mit § 1 (Verträge) zeigt.

Entsprechend der Meinung, daß vom Kartellverbot nur horizontale Absprachen erfaßt werden, wird auch im Rahmen des § 38 Abs. II S. 2 die Auffassung vertreten, daß Empfehlungen zur Umgehung des Kartellverbots nur Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe erteilt werden können. ³⁾

Ebenso wie bei § 1 ist jedoch zur Kennzeichnung der Empfehlung nicht auf die angesprochenen Wirtschaftsstufen, sondern auf den mit der Empfehlung verfolgten oder ihr innewohnenden objektiven Zweck abzustellen. Dient die Empfehlung einem gemeinsamen Zweck aller Beteiligten, so ist das Kartellverbot gefährdet und bei gleichförmiger Befolgung umgangen, ohne daß es dabei grundsätzlich auf die Wirtschaftsstufe der angesprochenen Unternehmen ankommt. ⁴⁾

1) Ehle, WuW 1963 S. 971 ff (988).

2) Reimann, BB 1963 S. 409 f (410).

3) Giefers, Preisempfehlungen S. 41; Huber, Empfehlungsverbot S. 20; Mayer-Wegelin, B 1958 S. 187 ff (189); Seydel, NJW 1959 S. 978.

4) Fikentscher, Preisempfehlung S. 4 f; Ehle, Umgehung S. 16.

2.4. Empfehlungen des VDE

Gegenstand der meisten VDE-Bestimmungen ¹⁾ sind Beschränkungen von Gegenstandsbeschaffenheiten und Verhaltensweisen auf die jeweils festgelegten technischen Anordnungen. Waren und gewerbliche Leistungen im Elektrobereich sollen nur innerhalb der vom VDE aufgezeigten technischen Möglichkeiten angeboten und nachgefragt werden.

Dabei handelt es sich nicht nur um eine Information im Sinne eines Hinweises auf die technisch vorgegebenen Lösungsmöglichkeiten, vielmehr sollen ausschließlich die vom VDE aufgestellten technischen Richtlinien befolgt werden. ²⁾

Der Beeinflussungswille ergibt sich einmal generell im Hinblick auf das gesamte Vorschriftenwerk.

Durch "Aufklärungsaktionen" in Zusammenarbeit mit den im Elektrobereich bestehenden Fachverbänden weist der VDE auf die wirtschaftlich, finanziell und rechtlich nachteiligen Folgen hin, die sich aus der Nichtbeachtung von VDE-Bestimmungen ergeben können. ³⁾

Auf der Industriemesse in Hannover unterhält der VDE einen Informationsstand.

Nach dem allgemeinen Vorspann des Vorschriftenwerks sollen alle VDE-Bestimmungen dazu dienen, Menschen und Sachen vor den Gefahren der Elektrizität bestmöglich zu schützen. ⁴⁾

Der Beeinflussungswille ergibt sich aber außerdem aus den einzelnen, in den Bestimmungen festgelegten Anforderungen, die "einzuhalten sind", "befolgt werden müssen" oder zumindest "beachtet werden sollen".

VDE-Bestimmungen richten sich als Empfehlungen unmittelbar an die im Bereich der Elektroproduktion tätigen Unternehmen und

1) Vgl. hierzu ausführlich oben S. 89 ff.

2) VDE oo22/1.64 Ziff. 1.3.2..

3) Übereinkunft zur Förderung VDE-gemässer Erzeugnisse und Installationen v. 24.2.1955 BAnz. 1955 Nr. 160. Vgl. oben S. 32.

4) VDE oo22/1.64 Ziff. 1.2..

an die Installateure durch Festlegung der technischen Anforderungen.

Mittelbar werden auch die Unternehmen des Handels angesprochen, indem diesen nahe gelegt wird, nur solche Materialien und Geräte zu kaufen und zu verkaufen, die den einschlägigen VDE-Bestimmungen entsprechen.

Durch den Appell zur Beachtung der VDE-Bestimmungen soll einmal der Wettbewerb der Unternehmer jeweils der gleichen Wirtschaftsstufe untereinander auf VDE-gemässe Ausgestaltungen beschränkt werden.

Das Zusammenwirken der verschiedenen Wirtschaftsstufen soll dabei nach den Angaben des VDE eine einheitliche Ordnungsmäßigkeit im Hinblick auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit elektrischer Anlagen erreicht werden.

Im Hinblick auf den Wettbewerb bedeutet dies eine für alle Marktseiten gleichermaßen wünschenswerte Sicherung und Stabilisierung der Beschränkungen der wirtschaftlichen Handlungen. Durch den aufeinander abgestimmten Wettbewerb soll ein Ausbruch der Wettbewerber der jeweils eigenen Wirtschaftsstufe als auch ein Eindringen der anderen Wirtschaftsstufe in den eigenen Bereich verhindert werden.¹⁾

Der vom Empfehlenden ausgehende Tatbeitrag zur Erfüllung des Tatbestandes des § 38 Abs. II S. 2 wird durch den VDE mit seinen Bestimmungen daher erfüllt.

3. Bewirkte Umgehung

Das Verbot des § 38 Abs. II S. 2 setzt voraus, daß die Empfehlung die Umgehung eines kartellgesetzlichen Verbots (oder einer gesetzlich begründeten kartellbehördlichen Verfügung) bewirkt.

1) Vgl. oben S. 77 Fn 1.

Eine Umgehung wird nach allgemeiner Ansicht dadurch gekennzeichnet, daß durch ein formell rechtlich zulässiges Verhalten ein Erfolg herbeigeführt wird, den eine gesetzliche Verbotsnorm ihrem Sinn und Zweck nach zu verhindern sucht. ¹⁾

3.1. Umgehungsnorm

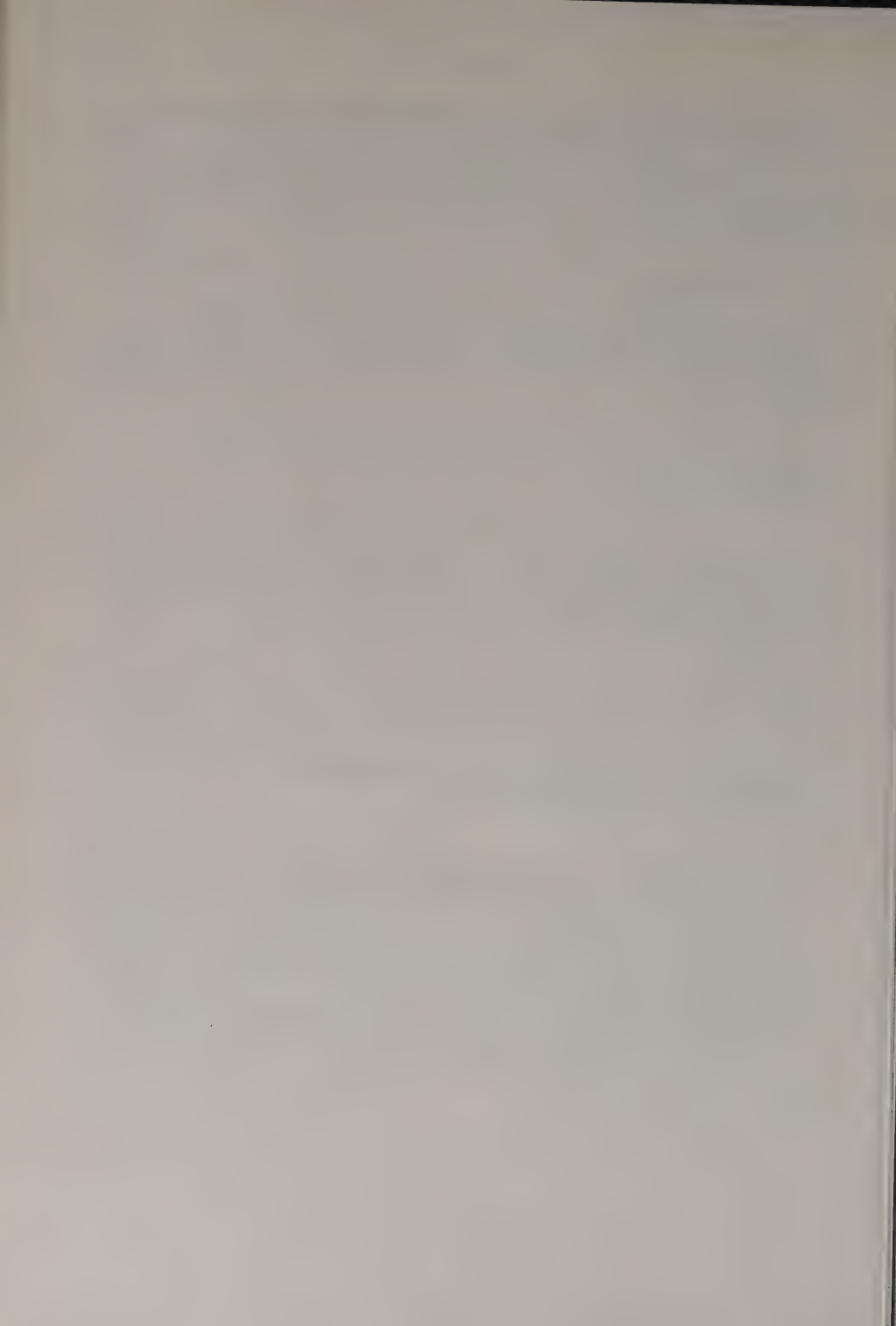
Eine umgehungsfähige Verbotsnorm setzt eine Vorschrift voraus, die nicht nur bestimmte Gestaltungsformen untersagt, sondern darüber hinaus den Eintritt eines unerwünschten Erfolges verhüten will.

Unbestritten will § 38 Abs. II S. 2 das Kartellverbot vor Umgehungen bewahren. ²⁾

Zwar enthält § 1 nur eine Unwirksamkeitsbestimmung, doch ergibt sich der Verbotscharakter aus der Verbindung mit der Sanktionsnorm des § 38 Abs. I Nr. 1, wonach das sich Hinwegsetzen des Kartellvertrages (Kartellbeschlusses) als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird. ³⁾

Das Kartellrecht richtet sich nicht nur gegen bestimmte rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, sondern bezweckt darüber hinaus den Schutz des freien Wettbewerbs (und) oder der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit der Marktgegenseite oder der bestmöglichen Verbraucherversorgung. ⁴⁾

-
- 1) Benkendorff, WuW 1957 S. 147 ff (147); Ehle, Umgehung S. 99 u. WuW 1964 S. 308 ff; Hengstenberg, WuW 1958 S. 439 ff (442); Huber, Empfehlungsverbot S. 65; Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (239); BGH Urteil 8.10.1958 NJW 1958 S. 1868 ff (1869). Gegen diese Übernahme der bei § 134 BGB üblichen Definition stehen keine Bedenken, da der Umgehungsbegriff nicht notwendig an ein rechtsgeschäftliches Handeln anknüpfen muß (aa Fikentscher, Preisempfehlung S. 51 f).
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 19; Benisch, WUW 1959 S. 3 ff (6); Ehle, Umgehung S. 101 u. WuW 1964 S. 308 ff (309); Mayer-Wegelin, Wirtschaftskommentator § 38 Anm. 26 f.
 - 3) Vgl. oben S. 37 f.
 - 4) Vgl. oben S. 102.



3.2. Umgehungshandeln

Das Kartellverbot will Vereinbarungen verhindern, die geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu bewirken. Anknüpfungspunkt für das Empfehlungsverbot könnte daher das Aussprechen einer Empfehlung sein, die geeignet ist, eine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten ¹⁾ herbeizuführen.

Ob das Gesetz jedoch alle Empfehlungen verbieten wollte, die geeignet sind, ein gleichförmiges Verhalten und dadurch die Umgehung einer Verbotsnorm herbeizuführen, erscheint zweifelhaft.

Da der Empfehlung eine wesentlich schwächere Beeinflussung der Entschließungsfreiheit innewohnt, als einer entsprechenden vertraglichen Bindung, würde die Abgrenzung zwischen einer (irrelevanten) rein theoretischen und einer realen Eignung hier auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Angesichts der schwächeren Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit erscheint es auch nicht erforderlich, derartige Empfehlungen von vornherein zu verbieten. Ebenso wie im Ordnungswidrigkeitstatbestand muß eine gleichförmige Befolgung durch die Empfehlungsadressaten für das materielle Empfehlungsverbot daher tatsächlich vorliegen. ²⁾

3.2.1. Objektiv gleichförmiges Verhalten

Kennzeichen für ein objektiv gleichförmiges Verhalten sind

-
- 1) Der BGH sieht die Umgehungshandlung in der Empfehlung (Beschluß v. 14.1.1960 WuW/E 369 ff (371), ebenso Beschluß v. 6.6.1963 WuW/E 536 ff (561)); nach Wortlaut und systematischem Zusammenhang mit dem Kartellverbot ist die Empfehlung aber nur die Ursache der Umgehungshandlung. Da der BGH aus seiner Ansicht aber nur die Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf Artikel 3 GG begründen will, im übrigen aber keine sonstigen Folgerungen zieht, soll diese Frage hier nicht weiter verfolgt werden.
 - 2) Die Anmeldepflicht bei Normenempfehlungen, § 38 III 2 mit sofortiger Mißbrauchsaufsicht spricht nicht dagegen, da es sich insoweit nur um eine Ausnahme handelt, die das Vorliegen des materiellen Verbots voraussetzt.

äußerlich übereinstimmende Handlungen von Unternehmen, die sich in gleicher Lage befinden.

Da Gegenstand des gleichförmigen Verhaltens (entsprechend der Empfehlung) eine Beschränkung der Wettbewerbshandlungen der angesprochenen Unternehmen ist, müssen bestimmte Unternehmen bezüglich bestimmter Güter übereinstimmende Verhaltensweisen im Markt als Handlungsablauf zeigen.

Gleichförmigkeit bedeutet dabei keine bestimmte Verhaltensdauer, sondern kennzeichnet lediglich den eingetretenen Zustand.¹⁾ Das Zeitmoment ist daher insoweit erheblich, als das gleichförmige Verhalten eine gleichzeitige Übereinstimmung²⁾ der Verhaltensweisen mehrerer³⁾ Unternehmen erfordert.

Voraussetzung ist dabei keine exakte Identität der Verhaltensweisen. Ausgehend vom äußeren Erscheinungsbild wird man auch bei geringfügigen Abweichungen der jeweiligen Handlungen noch Gleichförmigkeit annehmen müssen.⁴⁾

1) Geht man davon aus, daß mit Gleichförmigkeit ein Zustand gekennzeichnet wird, so kann ein einzelnes Unternehmen nicht gleichförmig handeln, indem es etwa fortlaufend die gleiche empfohlene Handlung begeht. Dies ergibt sich auch aus der Beziehung zum Kartellverbot, das ein gleichförmiges Marktverhalten mehrerer Vertragspartner verhindern will, durch das die Marktverhältnisse beeinflußt werden. So Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 15; Ehle, Umgehung S. 115; Huber, Empfehlungsverbot S. 71; Gleiss, BB 1958 S. 431 f (431); Kracht, BB 1958 S. 465 ff (465); (anders aber Hefermehl, GRUR 1958 S. 626 f (626); Hoth, WRP 1958 S. 289 ff (291, 295)). Für die Kennzeichnung als Zustand ferner: Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (243); Loos, BB 1958 S. 176 ff (177); Ruge, Begriff S. 53.

2) Zeitliche Differenzen werden aber den Nachweis der Kausalität erschweren, Gieffers, Preisempfehlungen S. 70.

3) Sofern ein gleichförmiges Verhalten in jeder Wirtschaftsstufe erreicht wird, können auch Empfehlungen an mehrere Stufen erfaßt werden.

4) Frankf. Komm., § 25 Tz. 37; ähnlich Ehle, Umgehung S. 114 und WuW 1964 S. 308 ff (315).

Bestritten ist, ob Gleichförmigkeit im Sinne des § 38 Abs. II S. 2 voraussetzt, daß sich alle Empfehlungsadressaten an die Empfehlung halten.

Geht man vom Wortlaut aus, so könnte man eine lückenlose Befolgung der Empfehlung fordern. ¹⁾

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, daß ein gleichförmiges Verhalten im Sinne des § 38 Abs. II S. 2 nur dann nicht gegeben sei, wenn nicht der wesentliche Teil der Empfehlungsadressaten sich entsprechend der Empfehlung verhalte. ²⁾

Eine Begriffsbestimmung muß davon ausgehen, daß mit dem gleichförmigen Verhalten die Handlung gekennzeichnet wird, womit das Kartellverbot umgangen wird.

Der Umgehungserfolg wird aber nicht dadurch verhindert, daß eines der angesprochenen Unternehmen sich nicht entsprechend der Empfehlung verhält; dafür ist andererseits aber auch nicht die Zahl der Unternehmen entscheidend, die der Empfehlung nachkommen. ³⁾

Da das gleichförmige Verhalten aufgrund der Empfehlung anstelle einer vertraglichen Vereinbarung im Sinne des § 1 tritt, muß es für die Umgehungshandlung ausreichen, daß sich zwei Unternehmen gleichförmig verhalten. ⁴⁾

Soweit auf ein gleichförmiges Verhalten eines wesentlichen Teils der Angesprochenen abgestellt wird, handelt es sich nicht um die Frage nach der Umgehungshandlung, sondern um den Umgehungserfolg.

1) Marcetius, WRP 1958 S. 228 ff (229).

2) Der BGH Beschluß v. 14.1.1960 WuW/E 369 ff (372 f) hat dabei eine Befolgung durch 11% der Empfänger als nicht ausreichend erachtet, ebenso OLG Hamburg Beschluß v. 24.8.1959 WuW/E 290 ff (293); Mayer-Wegelin, § 38 Rdz. 28.

3) Auch dem BGH geht es bei seinen Ausführungen offensichtlich nur um den Umgehungserfolg. Zwar wird zu einer spürbaren Marktbeeinflussung häufig die Befolgung durch mehrere Unternehmen erforderlich sein, bei oligopolistischer Marktstruktur kann jedoch schon ein Verhalten von wenigen Unternehmen ausreichen.

4) Fikentscher, Preisempfehlung S. 67; Giefers, Preisempfehlungen S. 70; Gnam, NJW 1952 S. 133 ff (133); Ruge, Begriff S. 54.

3.2.2. Subjektiv gleichförmiges Verhalten

In der Literatur besteht keine Einigkeit, ob für das Umgehungsverhalten nach § 38 Abs. II S. 2 außer objektiv gleichförmigen Handlungen der Empfehlungsempfänger eine bestimmte Beziehung der Empfehlungsempfänger untereinander erforderlich ist.

Einmal wird verlangt, daß die Empfehlungsadressaten die Befolgung untereinander abgesprochen ¹⁾ oder abgestimmt ²⁾ haben oder zumindest den Kreis der Empfehlungsempfänger kennen und im Bewußtsein der Gleichförmigkeit handeln. ³⁾

Das Merkmal einer gegenseitigen Abstimmung wird zunächst dem Begriff des gleichförmigen Verhaltens entnommen. ⁴⁾ Der allgemeine Sprachgebrauch kennzeichnet mit einer "gleichen Form" jedoch wohl nur ein äußeres Erscheinungsbild. ⁵⁾

Überwiegend wird ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken jedoch aus dem Begriff der Umgehung hergeleitet. Diese setze ein zielgerichtetes Tätigwerden voraus, wobei der Umgehungstäter einen nicht verbotenen Weg einschlagen müsse, um den unerwünschten Erfolg zu erreichen. Soweit der Erfolg nur durch gemeinschaftliches Verhalten mehrerer erreicht werden könne, müßten die Umgehungstäter zumindest ihr Marktverhalten gegenseitig anpassen und im Bewußtsein der stillschweigenden Abmachung handeln. ⁶⁾

Dieser allgemeine Begriff der Umgehung kann jedoch nicht ohne weiteres für § 38 Abs. II S. 2 übernommen werden.

1) Marcetus, WRP 1958 S. 229 ff (230); Schramm und Klaka, WRP 1958 S. 75 ff (77).

2) Hengstenberg, WuW 1958 S. 439 ff (443); Huber, Empfehlungsverbot S. 73.

3) Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 28.

4) Huber, Empfehlungsverbot S. 73.

5) Hoth, WRP 1958 S. 289 ff (295).

6) Hengstenberg, WuW 1958 S. 439 ff (443); Huber, Empfehlungsverbot S. 74; Hoth, WRP 1959 S. 198 ff (198); Leo, AG 1960 S. 32 ff (37); Marcetus, WRP 1958 S. 229 ff (230); Leo, AG 1960 S. 32 ff (37); Schramm und Klaka, WRP 1958 S. 75 ff (77).

Der Wortlaut des § 38 Abs. II S. 2, der nur solche Empfehlungen für ordnungswidrig erklärt, die eine Umgehung durch "gleichförmiges" Verhalten "bewirkt haben", deutet darauf hin, daß die Umgehung im Sinne eines bestimmten objektiv unerwünschten Zustandes verstanden wird. Sollten im Umgehungstatbestand des § 38 Abs. II S. 2 nur solche Handlungen erheblich sein, bei denen die Täter im Bewußtsein der Umgehung und in gegenseitiger Abstimmung handeln, so hätte es nahegelegen, anstelle des "gleichförmigen" von einem "bewußt gleichförmigen" Verhalten zu sprechen. ¹⁾

Dem Gesetzgeber war bei der Abfassung des § 38 Abs. II S. 2 bekannt, daß die Empfehlungsadressaten häufig über die Befolgung der Empfehlung untereinander eine Absprache treffen oder ihr Verhalten gegenseitig abstimmen. ²⁾

Die Entstehungsgeschichte zum Empfehlungsverbot zeigt die stete Sorge des Gesetzgebers vor einem gleichförmigen Verhalten, dessen Ursprung nicht nachweisbar ist. ³⁾ Aus diesen Beweisschwierigkeiten heraus hat der Gesetzgeber von einem subjektiven Moment im Umgehungstatbestand abgesehen. Nach § 38 Abs. II S. 2 sollten alle Empfehlungen erfaßt werden, in deren "Gefolge eine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten erkennbar wird", ohne daß es dabei auf die näheren Umstände des gleichförmigen Verhaltens ankäme. ⁴⁾

Entscheidend spricht jedoch der von § 38 Abs. II S. 2 angestrebte Schutz des Kartellverbots vor Umgehungen für den Begriff eines rein objektiven gleichförmigen Verhaltens.

Auf einem größeren Markt ist es durchaus möglich, daß die angesprochenen Unternehmen ohne oder zumindest ohne genaue Kennt-

1) Giefers, Preisempfehlung S. 73.

2) Vgl. Abgeordneter Böhm, 222. Sitzung, BT-Drucks., stenograf. Berichte 1957 S. 13.157.

3) Vgl. den Überblick bei Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 17 f.

4) Abgeordneter Hellwig, BT-Drucks., stenograf. Berichte 1957 S. 13.156.

nisse des Empfängerkreises das angeratene Verhalten befolgen. Das gilt vor allem dann, wenn die Empfehlung selbst besonderes Gewicht hat, etwa aufgrund der Autorität oder des Ansehens des Empfehlenden oder aufgrund eines mit der Empfehlung verbundenen Drucks.¹⁾

Diese Fälle könnten mit dem Erfordernis subjektiver Merkmale nicht erfaßt werden, obwohl das veranlaßte gleichförmige Verhalten die gleichen Auswirkungen auf den Markt hat, wie eine verbotene Kartellabrede.

Zudem richtet sich das Empfehlungsverbot und die Sanktionsandrohung nur gegen das Verhalten des Empfehlenden. Das Gesetz hätte sich mit einem Verbot des Aussprechens von Kartellempfehlungen begnügen können, da mit dieser Kundgabe der eigentliche Unrechtstatbestand abgeschlossen ist. Wenn es dennoch mit dem Verbot wartet, bis die Empfehlung ein gleichförmiges Verhalten nach sich gezogen hat, sollte damit ein Kriterium zur Klärung der Anwendbarkeit des § 38 Abs. II S. 2 geschaffen werden. Im Gegensatz zu den Verträgen oder Beschlüssen im Sinne des § 1, die aufgrund ihrer tatsächlichen oder rechtlichen Bindung die Gewähr für ein entsprechendes Handeln der Beteiligten bieten, ist dies bei der Empfehlung meist nicht der Fall. Die vom Gesetzgeber mit der Aufnahme des gleichförmigen Verhaltens in das Empfehlungsverbot bezweckte vereinfachte Anwendung des § 38 Abs. II S. 2 würde aber durch den erforderlichen Nachweis der Umgehungsabsicht wieder hinfällig.

Überwiegend wird das Erfordernis einer Abstimmung oder Anpassung des gegenseitigen Wettbewerbsverhaltens der Empfehlungsempfänger jedoch aus dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung

1) Schramm und Klaka, WRP 1958 S. 75 ff weisen auf den Fall eines Ager. hin, wonach ein Innungsmeister am Abend einzelne Handwerker anrief und ihnen nahelegte, am nächsten Tag ihre Preise zu erhöhen. Die Handwerker waren am nächsten Tag der Empfehlung übereinstimmend ohne gegenseitige Fühlungnahme nachgekommen.

hergeleitet. 1)

§ 38 Abs. II S. 2 zielt nicht auf das gleichförmige Verhalten an sich, sondern auf eine Beschränkung des Wettbewerbs durch gleichförmiges Verhalten ab. Dazu sei erforderlich, daß der Kreis der Angesprochenen dem Adressaten erkennbar geworden sei, denn erst das Wissen um das gleiche Wissen seines Wettbewerbers helfe, die Hemmungen vor einem scheinbar einseitigen Wettbewerbsverzicht zu überwinden.

Damit wird auf eine Wettbewerbsbeschränkung unter den Empfehlungsempfängern abgestellt. Das Empfehlungsverbot richtet sich jedoch gerade nicht gegen dieses Verhalten, sondern gegen den aufgrund der Empfehlung hervorgerufenen Zustand auf dem Markt.

Die in § 1 notwendige gegenseitige Beeinflussung im Hinblick auf ein gemeinsames Wettbewerbsverhalten wird in § 38 Abs. II S. 2 durch die einseitige Empfehlung ersetzt. Folgerichtig wendet sich das Empfehlungsverbot daher nicht gegen das Verhalten der Empfehlungsempfänger, sondern gegen den Empfehlenden, soweit er den gleichen Erfolg herbeigeführt hat wie eine unter den Empfehlungsadressaten vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung.

Das Verhalten der einzelnen Empfehlungsempfänger untereinander kann daher im Rahmen des § 38 Abs. II S. 2 außer Betracht bleiben. 2)

3.3. Umgehungserfolg

Der durch die Umgehungshandlung erreichte unerwünschte Erfolg ergibt sich aus dem in der Verbotsnorm mißbilligten Erfolg.

-
- 1) Becher, BB 1958 S. 430 f (430); Fikentscher, Preisempfehlung S. 68; Leo, AG 1960 S. 32 ff (36); Loos, BB 1958 S. 1217 ff (1220); wohl auch Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 28.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 24; Ehle, WuW 1964 S. 308 ff (319); Giefers, Preisempfehlung S. 70; Hoth, WRP 1958 S. 289 ff (295), (anders aber WRP 1959 S. 198); Kracht BB 1958 S. 465 ff (466); Seydel, WRP 1957 S. 254 ff (255); Würdinger, WuW 1958 S. 503 ff (511).

Das Kartellverbot wendet sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

Für das Empfehlungsverbot ergibt sich demgegenüber die Besonderheit, daß die Marktbeeinflussung tatsächlich eingetreten sein muß.

Für das materielle Verbot ergibt sich dies zwar nicht aus dem Wortlaut des Ordnungswidrigkeitstatbestandes, sondern aus dem Zeitpunkt der Anknüpfung des Verbots.

Beim Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei § 1 ist im Hinblick auf die Auswirkungen nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich, während beim Empfehlungsverbot aufgrund des tatsächlich gleichförmigen Verhaltens der Adressaten feststellbar ist, ob eine Marktbeeinflussung erfolgte. Ein Verbot von Empfehlungen, die auf die Marktverhältnisse keinen Einfluß ausüben, wäre mit dem objektiven Charakter des GWB nicht vereinbar. ¹⁾

Der Begriff und der Umfang der eingetretenen Marktbeeinflussung deckt sich mit dem in § 1 verwandten Merkmal. ²⁾

3.4. Kausalität

Die Umgehung des Kartellverbots nach § 38 Abs. II S. 2 muß durch die Empfehlung bewirkt worden sein.

Da § 38 Abs. II S. 2 nicht nur das materiellrechtliche Verbot, sondern zugleich den Ordnungswidrigkeitstatbestand enthält, läßt sich die Auffassung vertreten, daß auch für das materielle Empfehlungsverbot auf die im Strafrecht geltende Äquivalenz-Theorie abzustellen ist. ³⁾

1) So für den Ordnungswidrigkeitstatbestand: Beckmann, Abgrenzung S. 90; Frankf.Komm., § 38 Tz. 93 f; Müller-Giessler, § 38 Rdz. 61; BGH Beschluß v. 14.1.1960 WuW/E 369 ff (372) u. Beschluß v. 6.6.1963 WuW/E 536 ff (541); OLG Celle Beschluß v. 24.8.1962 "Brotkrieg" WuW/E 500 ff (504); OLG Stuttgart Beschluß v. 19.5.1961 "Bierpreisempfehlung" WuW/E 411 ff (414).

2) Vgl. oben S. 96 ff.

3) So anscheinend BGH Beschluß v. 14.1.1960 WuW/E 369 ff (370) auch für das materielle Verbot.

Ähnlich der Strafbestimmung des § 38 Abs. I Nr. 1, die vollinhaltlich an das materiellrechtliche Kartellverbot anknüpft, ergibt sich der Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 38 Abs. II S. 2 erst aus der Verletzung des materiellrechtlichen Empfehlungsverbots.

Dies spricht für eine (einheitliche) Anwendung der im Zivilrecht herrschenden Adäquanz-Theorie.¹⁾

Die Empfehlung ist danach dann ursächlich, wenn sie nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet ist, das gleichförmige Verhalten zu verursachen.

Bestritten ist, ob für § 38 Abs. II S. 2 unmittelbare Kausalität zu fordern ist, also mit dem Empfehlungsverbot die Fälle nicht erfaßt werden sollen, in denen das gleichförmige Verhalten nicht auf eine Beeinflussung durch den Empfehlenden zurückzuführen ist.²⁾

Der in § 38 Abs. II S. 2 verwendete Ausdruck "bewirken" spricht dafür, daß jede Ursächlichkeit ausreichen soll.

Anders als § 24 des Regierungsentwurfs³⁾ verlangt § 38 Abs. II S. 2 nicht, daß die Empfehlung gegenüber den Empfehlungsadressaten ausgesprochen wird. Würde man nur unmittelbare Kausalität für ausreichend erachten, so wäre eine Umgehung des Empfehlungsverbots in der Weise möglich, daß sich der Empfehlende in taktischer Vorausberechnung bewußt an ein einzelnes Unternehmen wendet, das eine führende Stellung im Markt inne hat, in der Erwartung, daß das Verhalten dieses Unternehmens auch das entsprechende Verhalten der übrigen Unternehmen auslösen wird. Dies würde jedoch dem Sinn des § 38 Abs. II S. 2 als Umgehungstatbestand zuwiderlaufen.

1) Ehle, Umgehung S. 95; Huber, Empfehlungsverbot S. 68.

2) So Gleiss, BB 1958 S. 431 ff (431); Hoth, WRP 1959 S. 198 ff (201 f); Huber, Empfehlungsverbot S. 72 f (aber nur grundsätzlich); Mayer-Wegelin, GemKomm § 38 Rdz. 24; vgl. auch Callmann, Kartellrecht S. 491.

3) BT-Drucks. II 1158.

Entsprechend allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen ist daher für § 38 Abs. II S. 2 auch mittelbare Kausalität ausreichend. ¹⁾

Die Kausalität ist nur dann zu verneinen, wenn die Adressaten ohnehin zu einem entsprechenden Verhalten entschlossen waren (die Empfehlung den Entschluß also nicht einmal bestärkend förderte) oder sich gar schon so verhielten. ²⁾

In der Literatur besteht keine Einigkeit darüber, ob neben dem objektiven Bewirken zusätzlich subjektive Merkmale erforderlich sind, also der Empfehlende das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger und den dadurch herbeigeführten Empfehlungserfolg willentlich verursacht haben muß. ³⁾

Zwar werden diese Merkmale in der Regel vorliegen, doch werden sie von dem Wortlaut des § 38 Abs. II S. 2, der das Verhältnis zwischen Empfehlung und gleichförmigem Verhalten rein objektiv gestaltet hat, nicht gefordert.

Auch nach der Entstehungsgeschichte sollten alle Empfehlungen verhindert werden, in deren "Gefolge" eine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten erkennbar wird. ⁴⁾

Auch der Vergleich mit § 25 Abs. I und Abs. II Nr. 3, wo der Gesetzgeber das subjektive Bestreben nach Beeinflussung im Gegensatz zu § 38 Abs. II S. 2 klar zum Ausdruck bringt, zeigt, daß das Verhältnis zwischen Empfehlenden und Empfehlungsadressaten rein objektiv ausgestaltet ist.

Zum anderen ist zu bedenken, daß sich § 38 Abs. II S. 2 nur gegen den Empfehlenden richtet. Das Aussprechen der Empfehlung

1) Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 2; Ehle, Umgehung S. 98; Fikentscher, Preisempfehlung S. 65; Gieffers, Preisempfehlungen S. 76; Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (244).

2) Fikentscher, Preisempfehlung S. 65; Frankf.Komm., § 38 Tz. 113; Gieffers, Preisempfehlungen S. 76; Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 14; Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 28.

3) Für den Bereich der Ordnungswidrigkeit bejaht von Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 30; Benisch, B 1957 S. 789 ff (791); Huber, Empfehlungsverbot S. 70; Lieberknecht, MA 1958 S. 231 ff (240); Seydel, WRP 1957 S. 254 ff (256).

4) Abgeordneter Hellwig, BT-Drucks., stenograf. Berichte 1957 S. 13.156.

wird schon vom Gesetzgeber mißbilligt, soweit es tatsächlich den Umgehungserfolg herbeigeführt hat. Dann besteht aber kein Grund, das Verhalten Dritter als Merkmal der subjektiven Seite des Empfehlenden zu fordern.

Für das materiellrechtliche Empfehlungsverbot ist daher nicht erforderlich, daß der Empfehlende ein gleichförmiges Verhalten der Adressaten und eine dadurch bewirkte Marktbeeinflussung in sein Bewußtsein aufgenommen hat. ¹⁾

3.5. VDE-Bestimmungen als Ursache der Kartellumgehung

Da das gleichförmige Verhalten als Umgehungshandlung Ausdruck der Einschränkung der bestimmten Personen bezüglich bestimmter Güter möglichen wirtschaftlichen Handlungen sein muß, sind zur Feststellung des für § 38 Abs. II S. 2 relevanten gleichförmigen Verhaltens zunächst die Fälle auszuschneiden, in denen die Einhaltung der VDE-Bestimmungen den Empfehlungsempfängern ohnehin zwingend vorgeschrieben ist. ²⁾

Zwar bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen, in denen die Produktion oder der Handel entsprechend den VDE-Bestimmungen vorgeschrieben ist. Diejenigen gesetzlichen Vorschriften, in denen die Einhaltung der VDE-Bestimmungen bezüglich der Installation zwingend gefordert wird, sind unwirksam; jedoch kommen hier die zahlreichen VDE-Mitglieder in Betracht, denen die Einhaltung der VDE-Bestimmungen zur Pflicht gemacht wird. ³⁾

-
- 1) Ehle, Umgehung S. 98 f; Fikentscher, Preisempfehlung S. 64.
 - 2) Die (mittelbare) Kausalität wird zwar auch in diesen Fällen vorliegen. Da § 38 aber hier nur die Umgehung des Kartellverbots verhindern will, können die Fälle nicht erfaßt werden, die nicht dem Kartellverbot unterliegen. Die Einschränkung gesetzwidrigen Wettbewerbs fällt aber nicht unter § 1, vgl. unten S. 145 ff.
 - 3) Zwar kann in diesen Fällen die von den VDE-Bestimmungen ausgehende Beeinflussungstendenz daneben auch im Hinblick auf das gleichförmige Verhalten nach § 38 bestärkend wirken, doch wird man hier § 1 gegenüber dem Umgehungstatbestand als *lex specialis* ansehen müssen.

Angesichts der Vielzahl der im VDE vertretenen Unternehmen, der Energieversorgung sowie der elektrotechnischen gewerblichen Leistungen, haben Empfehlungen gegenüber diesen Wirtschaftsstufen im Rahmen des § 38 Abs. II S. 2 nur geringe Bedeutung.

Das gleichförmige Verhalten aufgrund der Empfehlungen gewinnt daher in erster Linie für die im VDE nicht vertretenen Unternehmen der Produktion von Elektromaterial und Geräten sowie den Handel mit Elektroerzeugnissen an Bedeutung.

Der Elektrofachhandel hält sich weitgehend in allen Bereichen der Elektromaterialien und Geräte an VDE-gemäße Ausführungen.

Nach außen hin wird dies besonders deutlich durch diejenigen VDE-Bestimmungen, die dem Vereinheitlichungsgedanken Rechnung tragen. So werden z.B. ausschließlich die vom VDE vorgeschriebenen Schucostecker verkauft, obwohl auch der Anschluß von (neueren) einfachen Steckern an Schucosteckdosen möglich ist.

Das gleichförmige Verhalten des Handels ist für die Produzenten nicht ohne Einfluß. So beträgt z.B. der Verkaufsanteil des Handels an den produzierten Kabeln zwar nur 8 %, bei isolierten Leitungen dagegen schon 50 - 55 % der gesamten Produktion an isolierten Leitungen. ¹⁾ Durch die Einhaltung der VDE-Bestimmungen wird dadurch die Freiheit der Anbieterseite im Hinblick auf ihre Aktionsparameter, Qualität und (mittelbar auch) Preis fühlbar beeinträchtigt.

Daß auch bei den Produzenten zumeist ein gleichförmiges Verhalten in Bezug auf die Empfehlungen des VDE vorliegt, zeigt sich daran, daß auch bei den Händlern, die sich von den VDE-Bestimmungen nicht beeinflussen lassen, kaum VDE-widrige Produkte angeboten werden.

So verkaufen auch Nichtfachgeschäfte, z.B. die beim Endverbraucher sehr gefragten Doppelstecker nur ganz vereinzelt. ²⁾

1) Schätzung der Preismeldestelle für Kabel und isolierte Leitungen v. 29.3.1968.

2) Soweit ersichtlich nur die Firmen Woolworth und Bilka.

Im Bereich der Kabel- und Leitungsindustrie beträgt die am Markt insgesamt angebotene Menge VDE-widriger Produkte nur etwa 2 %. ¹⁾

Im Hinblick auf die Auswirkungen dieses gleichförmigen Verhaltens der Unternehmer auf den Handel sei hier nur angeführt, daß z.B. bei isolierten Leitungen nach VDE fast ausschließlich Kupfer verwendet werden darf. Da die Kosten des Kupfers 75 % der Gesamtkosten der isolierten Leitungen ausmachen, zeigt sich die Auswirkung der VDE-Bestimmungen auch auf den Preis. Durch den von 1967 - 1968 auf das doppelte gestiegenen Kupferpreis gewann die entsprechende Festlegung in den VDE-Bestimmungen besonderes Gewicht. ²⁾

In diesen Fällen wird die Befolgung der VDE-Bestimmungen zwar häufig nicht unmittelbar auf eine Beeinflussung durch den VDE zurückzuführen sein, da die Einhaltung der VDE-Bestimmungen meist aufgrund eines VDE-gemässen Verhaltens der anderen Stufe erfolgt. Mit dem Empfehlungsverbot werden jedoch auch diese nur mittelbar ursächlich gewordenen VDE-Bestimmungen vom Empfehlungsverbot erfaßt. ³⁾

Damit wird der gesamte Elektromarkt von der Erzeugung bis zum Verbraucher maßgeblich durch die VDE-Bestimmungen gelenkt.

Durch die Verknüpfung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die zu einem beachtlichen Teil schon über die Mitgliedspflichten, für den noch verbleibenden Teil der Unternehmen über Empfehlungen wirksam werden, erreicht der VDE eine umfassende Regelung des gesamten Marktablaufs im Bereich

-
- 1) Schätzung des Fachverbandes Kabel und isolierte Leitungen v. 30.1.1968.
 - 2) DEL-Notiz v. 26.4.1967: 386,75 DM/100 kg, 28.2.1968: 761,50/100 kg.
 - 3) Im Hinblick auf die Auswirkungen auf den Markt kann hier auf die Ausführungen oben S. 104 ff verwiesen werden. Für die insoweit gleichgelagerten DIN-Normen wurde die Tatbestandsmäßigkeit im Hinblick auf § 38 II 2 bejaht von Baer, WuW 1951 S. 74; von Brunn, WuW 1953 S. 314 ff (314); vgl. auch BKA Brief v. 17.5.1967 an den DNA, BB 1967 S. 1059 f.

der Elektrotechnik.

Der überwiegende Teil der VDE-Bestimmungen wird daher grundsätzlich sowohl vom Kartell als auch vom Empfehlungsverbot betroffen.

DRITTER TEIL

Freistellung von den Verbotsnormen

Obwohl die meisten VDE-Bestimmungen sowohl den Tatbestand des § 1 wie auch des § 38 Abs. II S. 2 erfüllen, besteht in der Literatur Einigkeit darüber, daß die VDE-Bestimmungen von diesen Verboten nicht erfaßt werden, da das GWB insgesamt für diese Fälle keine Anwendung finde.

Begründet wird dies damit, daß es sich bei den VDE-Bestimmungen um reine Sicherheitsvorschriften handle, die außerhalb des Schutzbereiches des GWB fielen.¹⁾

Es wird also nicht lediglich eine Freistellung von den Verbotsnormen über §§ 5 Abs. I bzw. 38 Abs. III vorgenommen, sondern die Anwendbarkeit des GWB insgesamt geleugnet.

Nachdem das Bundeskartellamt dies in dem "Doppelsteckerbrief" grundsätzlich festgestellt hatte, unterliegen VDE-Bestimmungen im Gegensatz etwa zu den DIN-Normen keinen Beschränkungen durch

1) Dies wurde allerdings bisher nur unter dem Gesichtspunkt des Empfehlungsverbotes untersucht. Ehle, Umgehung S. 155; v. Köhler, NJW 1959 S. 222 ff; Kesselhut, Ordnungswidrigkeit S. 135; Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 65; Mayer-Wegelin, Wirtschaftskommentator § 1 Anm. 9; Müller-Giessler, § 1 Rdz. 98; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 60; Nickusch, Normativfunktion S. 67 f; Rasch-Westrick, § 38 Rdz. 16; v. Renthe-Fink, WuW 1960 S. 254 ff; Sandrock, Grundbegriffe S. 318; Spengler, Tatbestandsmäßigkeit S. 42 f; Steindorff, JZ 1960 S. 232 ff; Tetzner, Kartellrecht S. 6; Vogel, JZ 1958 S. 111 ff; sachlich ebenso BKA Tätigkeitsbericht 1959 S. 18 (BT-Drucks. III 1795) "Kühlerfiguren"; WuW 1961 S. 582 (Brief) 5.6.1961 "Feuerlöschermerkblatt", BKA Tätigkeitsbericht 1962 S. 57 "Gas- und Wasserleitungen" (BT-Drucks. IV 1220) Tätigkeitsbericht 1964 S. 16 (BT-Drucks. IV 3752) "Flüssiggas-Vertrieb".

das GWB. 1)

1. Beschränkung des Anwendungsbereiches des GWB

An den Überlegungen der herrschenden Meinung zur Freistellung der VDE-Bestimmungen ist zunächst der Ausgangspunkt unrichtig, daß VDE-Bestimmungen ausschließlich Sicherheitsbestimmungen seien. Umfangmässig enthalten VDE-Bestimmungen etwa in gleicher Anzahl Vorschriften für das ordnungsgemässe Funktionieren elektrischer Erzeugungs-, Weiterleitungs- und Verbrauchsanlagen. 2)

Angesichts dieser nützlichen und im Ergebnis grundsätzlich wünschenswerten Auswirkungen der VDE-Bestimmungen erscheint ein generelles Verbot unzweckmässig und unvernünftig. Diesem Zweck könnte eine Freistellung von den Verboten des GWB über §§ 5 Abs. I, 38 Abs. III (direkt oder entsprechend) Rechnung tragen, woraus sich allerdings nur eine grundsätzliche Zulassung der VDE-Bestimmungen ergäbe.

Die von der herrschenden Meinung vorgenommene Einschränkung des Anwendungsbereiches des GWB mit der Folge, daß VDE-Bestimmungen in keinem Fall von den Verbotsnormen des GWB berührt werden,

-
- 1) BKA Brief v. 20.2.1960 "Doppelstecker" WuW/E 145 ff. Für den DNA hatte das BKA früher nur das öffentliche Interesse nach § 81 II verneint, vgl. Industriekurier v. 9.11.1961 S. 1. Anzeichen für eine Sinneswandlung seit der Kartellnovelle 1965, die eine Freistellung von Normenempfehlungen brachte, bestehen im Hinblick auf VDE-Bestimmungen nicht. Das BKA hat sich seit dem Doppelsteckerfall nie mehr mit VDE-Bestimmungen befaßt, wie dem Verfasser am 4.4.1968 mitgeteilt wurde. In einem Brief v. 17.5.1967, BB 1967 S. 1059 f hatte das BKA den DNA zwar auf die Einhaltung der Voraussetzungen des § 38 III hingewiesen; vom VDE wurde dagegen dies nie verlangt. Auch die Literatur, die nach Inkrafttreten des § 38 III nF erschien, argumentiert für den VDE nie über § 38 III.
- 2) Soweit dabei von der elektrischen Energie eine Gefahr ausgeht, können diese Funktionsvorschriften allerdings mittelbar ebenfalls zu einer Erhöhung der Sicherheit führen. Vgl. dazu aber oben S. 5 ff.

ist jedoch an enge Voraussetzungen gebunden. ¹⁾

1.1. Höherrangige Rechtsnormen

Jede Anwendung einer Rechtsnorm muß im Einklang mit der Wertentscheidung einer einschlägigen höherrangigen Norm erfolgen. ²⁾

Der vom Wortlaut einer Vorschrift her mögliche Anwendungsbereich muß eingeschränkt werden, wenn ansonsten eine Verletzung der höherrangigen Norm eintreten würde.

An das Kriterium der Verletzung sind dabei strenge Anforderungen zu stellen: nicht jede Kollision mit dem Sinn und Zweck der höherrangigen Norm kann zu einer Restriktion des Anwendungsbereiches der niedrigeren Norm führen. Die gesetzgeberische Befugnis zu einer bestimmten Regelung eines Sachverhalts, die sich im Rahmen der Möglichkeiten der höherrangigen Bestimmung hält, darf insoweit nicht beeinträchtigt werden. ³⁾

Als einschlägige höherrangige Norm kommt hier das Grundrecht des Art. 2 Abs. II S. 1 auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Betracht.

-
- 1) Die genauen Kriterien zur Beschränkung des Anwendungsbereiches von Rechtsnormen sind noch wenig entwickelt. Ansätze zu einer Differenzierung nach einzelnen Kriterien finden sich bei Heck, Gesetzesauslegung S. 222; Engisch, Einführung S. 175; Keller, Kritik S. 61. Die genaueste Untersuchung findet sich bei Larenz, Methodenlehre S. 260, 296 ff u. NJW 1965 S. 6 ff (daran anschließend Canaris, Feststellung S. 82 ff u. Rieger, Problem S. 38 ff), dessen Ausführungen hier zugrunde gelegt werden.
 - 2) Dazu allgemein Bender, MDR 1959 S. 441 ff; Michel, NJW 1960 S. 841 ff u. JuS 1961 S. 274 f; Larenz, Verhältnis S. 384 ff u. Schack, JuS 1961 S. 269 f, für das GWB: BGH Urteil v. 30.6.1966 "Schallplatten" WuW/E 795 ff (808).
 - 3) Vgl. Beschluß v. 11.6.1958 BVerfGE 8 S. 28 ff (33 ff); Beschluß v. 8.1.1959 BVerfGE 9 S. 109 ff (118); Beschluß v. 30.6.1964 BVerfGE 18 S. 97 ff (111); Urteil v. 14.12.1965 BVerfGE 19 S. 248 ff (253); Urteil v. 6.12.1955 BGHZ 19 S. 227 ff (231).

Aufgrund der im Bereich der Elektrotechnik weitgehenden Anerkennung als Sicherheitsbestimmungen wird man davon ausgehen können, daß durch die Anwendung der meisten VDE-Bestimmungen die menschliche Sicherheit beim Umgang mit elektrischer Energie gefördert wird. ¹⁾

Da das VDE-Vorschriftenwerk keine Trennung von reinen Sicherheits- bzw. reinen Funktionsbestimmungen aufweist, im Einzelfall also eine derartige Aufteilung einer unter Umständen langwierigen technischen Prüfung bedürfte, wird man insoweit generell eine Steigerung der Sicherheit annehmen müssen.

Die Anwendung des GWB mit der Möglichkeit des Verbots aller oder einzelner Bestimmungen kommt daher mit dem in Art. 2 Abs. II S. 1 GG geschützten Grundrecht in Berührung.

Eine Verletzung dieses Grundrechts hätte jedoch zur Voraussetzung, daß ein Verbot einzelner oder aller VDE-Bestimmungen die menschliche Sicherheit gefährden würde.

VDE-Bestimmungen stellen nicht die einzige Möglichkeit zur Wahrung der erforderlichen Sicherheit dar. Das wird auch vom VDE anerkannt, indem er ein Abweichen von VDE-Bestimmungen unter besonderen Umständen für zulässig erklärt und zudem im Hinblick auf die Ausarbeitung der einzelnen VDE-Bestimmungen die allgemeine Zielvorstellung hat, die technisch-w i r t s c h a f t - l i c h beste Lösung zu berücksichtigen. ²⁾

Produzenten, Händler und Installateure haben bei Verletzung der sicherheitstechnischen Anforderungen mit zivil- und strafrechtlichen Folgen zu rechnen. Dadurch wird der einzelne Unternehmer ohnehin unmittelbar zur Einhaltung der notwendigen Sicher-

1) Anders RG Urteil v. 29.4.1935 JW 1935 S. 2196, das die VDE-Vorschriften selbst für unzulänglich hielt; gegen einen Sicherheitseffekt durch das Verbot der Doppelstecker mit beachtlichen Argumenten von Renthe-Fink, WuW 1960 S. 254 ff (256 f).

2) VDE oo22/1.64 Ziff. 3.2. und VDE oo23/3.66 Ziff. 3.1.1.2. (2).

heitsmaßnahmen verpflichtet. Der menschlichen Sicherheit würde daher auch bei einem Verbot aller oder einzelner VDE-Bestimmungen Rechnung getragen. Aus dem Gedanken der Verletzung einer höherrangigen Norm läßt sich der Anwendungsbereich des GWB daher insoweit nicht einschränken. ¹⁾

1.2. Gleichrangige Rechtsnormen

Es ist anerkannt, daß bei der Beurteilung eines Sachverhalts eine Norm zurücktreten kann, wenn dies der Zweck einer formell gleichrangigen Norm verlangt. ²⁾

Wenn die in verschiedenen Rechtsnormen ausgesprochenen Rechtsfolgen sich in einem konkreten Fall gegenseitig ausschließen, muß aufgrund einer Abwägung der Anwendungsbereich einer der beiden Vorschriften eingeschränkt werden.

Eine Kollision mit den Verbotsnormen des GWB könnte sich entweder aufgrund einer Rechtsnormqualität der VDE-Bestimmungen, aber auch bei Verpflichtungen zur Einhaltung von VDE-Bestimmungen aufgrund von Rechtsnormen ergeben.

VDE-Bestimmungen sind jedoch selbst keine Rechtsnormen ³⁾; ihre Einhaltung ist in keinem formellen Gesetz vorgeschrieben.

Verweisungen auf VDE-Bestimmungen finden sich ausschließlich in Rechtsnormen, die in ihrem Rang unter dem formellen Gesetz des GWB stehen. ⁴⁾

Diese untergesetzlichen Vorschriften müssen ihrerseits unter dem Gesichtspunkt des GWB überprüft werden. Keinesfalls können

1) Anders anscheinend Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 55; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 56, die möglicherweise aber auch nur auf ein höherwertiges Rechtsgut abstellen. Wie hier Rieger, Problem S. 121 f.

2) Canaris, Feststellung S. 87 f; Larenz, Methodenlehre S. 298.

3) Vgl. oben S. 14 ff.

4) Vgl. oben S. 25 ff.

sie den Anwendungsbereich des GWB einschränken. ¹⁾

Als formell gleichrangiges Gesetz kommt hier allenfall das UWG in Betracht.

Soweit der Wettbewerb mit Waren und Leistungen entgegen den VDE-Bestimmungen als unlauter im Sinne dieses Gesetzes anzusehen wäre, könnte der Anwendungsbereich des GWB insoweit eingeschränkt sein. ²⁾

Die Beschaffenheit einer Ware allein kann jedoch niemals dazu führen, daß das Auftreten mit ihr auf dem Markt unlauter ist. Unlauterkeit käme daher nur dann in Betracht, wenn die VDE-Mässigkeit vorgetäuscht würde. ³⁾ Davon kann man jedoch nicht ausgehen.

Eine Einschränkung des Anwendungsbereiches im Hinblick auf die Zwecke anderer Rechtsnormen ist in bezug auf die VDE-Bestimmungen daher nicht möglich. ⁴⁾

1.3. Natur der Sache

Unter dem Begriff der Natur der Sache wird überwiegend der bestimmten Lebensverhältnisse innewohnende soziale und auch schon rechtliche Sinn verstanden, den jede positivrechtliche Regelung dieses Lebensverhältnisses bereits voraussetzt. ⁵⁾

-
- 1) Anders Sandrock, Grundbegriffe S. 318, der aufgrund § 1 Abs. II 2. DVO zum EnWG das GWB einschränken will. Abgesehen davon, daß damit eine ranghöhere Norm durch die rangniedrigere Rechtsverordnung eingeschränkt wird, schließen sich die beiden Normzwecke nicht aus, da § 1 II die Einhaltung der VDE-Bestimmungen nicht vorschreibt, vgl. oben S. 29 f.
 - 2) Daß sich das Kartellverbot nicht auf den unlauteren Wettbewerb bezieht, ist einhellige Meinung, vgl. Frankf.Komm., § 1 Tz. 31; Müller-Henneberg, GemKomm. § 1 Rdz. 19 mwN.
 - 3) Franzen, GemKomm. § 28 Rdz. 19.
 - 4) Anders anscheinend Spengler, Tatbestandsmäßigkeit S. 42, der hier wohl Gewohnheitsrecht annimmt und dann zu einem Vorrang dieses Gewohnheitsrechtes kommt. Zur Ablehnung des Gewohnheitsrechts oben S. 20 f und 24 f.
 - 5) So Englisch, Idee S. 116; Esser, Grundsatz S. 101 f; Larenz, Methodenlehre S. 298 f u. NJW 1965 S. 1 ff (6), alle im Anschluß an Dernburg, Pandekten S. 87, die Mindermeinung Enn-Nipperdey, Lehrbuch § 58 Fn 41; Canaris, Feststellung S. 119 mwN versteht darunter nur die tatsächlichen Gegebenheiten.

Im Hinblick auf VDE-Bestimmungen wird dabei argumentiert, daß es nicht zum Sinn des Wettbewerbs gehöre, die öffentliche Ordnung zu stören. Selbstbeschränkungen des Wettbewerbs seien daher aus der Natur der Sache dann zulässig, wenn auch die Polizei aufgrund der polizeilichen Generalklausel, d.h. zur Gefahrenabwehr tätig werden könnte. ¹⁾

Diesen Ausführungen ist insoweit zuzustimmen, daß das GWB von der in Art. 2 Abs. I und Art. 12 GG verfassungsrechtlich verbürgten Betätigungsfreiheit ausgeht, die nur im Rahmen der immanenten Grundrechtsschranken gewährleistet wird. Diese werden unter anderem bei der Verletzung von Rechten Dritter überschritten.

Für die Rechte Dritter muß dabei aber eine Gefährdung, nicht nur eine bloße Benachteiligung oder Belästigung vorliegen. ²⁾

Wenn man davon ausgeht, daß die Sicherheit im elektrotechnischen Bereich auch ohne VDE-Bestimmungen aufgrund der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit und der Gesamtkostenkalkulation der Unternehmen (bei denen sich Schäden durch Unsicherheit als Kostenfaktoren niederschlagen) beachtet würde, wird die für eine Gefährdung der Rechte Dritter erforderliche Mindeststärke einer möglichen Gefahr zu verneinen sein. ³⁾

1.4. Höherwertige Rechtsgüter

Die weitestgehende Einschränkung des Anwendungsbereiches einer Norm kann sich aus dem Vorrang von höherwertigen Rechtsgütern ergeben. ⁴⁾

1) v.Köhler, NJW 1959 S. 222 ff (222); sachlich ebenso Vogel, JZ 1958 S. 111 ff (113).

2) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 I Rdz. 48 u. 81 ff.

3) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 I Rdz. 82; Drews-Wacke, Polizeirecht S. 63 ff.

4) Canaris, Lücken S. 123 ff; Esser, Grundsatz S. 107 ff; Larenz, Methodenlehre S. 93 ff (123 ff). Angesichts der weitgehend unstrittenen Formulierungen muß hier auf die Wiedergabe eines exakten Begriffs verzichtet werden.

Die menschliche Sicherheit ist als Rechtsgut weitgehend geschützt, wie sich aus zahlreichen Rechtsvorschriften zur Verhütung von Unfällen ergibt.

Daraus wird hergeleitet, daß das Schutzgut Wettbewerb gegenüber dem Rechtsgut der menschlichen Sicherheit zurückzutreten habe. VDE-Bestimmungen würden daher nicht vom GWB berührt. ¹⁾

Durch die bei der Abwägung der in Betracht kommenden Rechtsgüter erforderlichen Bewertung darf jedoch nicht die gesetzgeberische Befugnis zur Regelung eines Sachverhalts beeinträchtigt werden. ²⁾

Daraus ergibt sich die Unzulässigkeit der Einschränkung des Anwendungsbereiches einer Norm, wenn erkennbar wird, daß die möglichen Wertkonflikte vom Gesetzgeber erkannt und in bestimmter Weise geregelt worden sind.

1.4.1. Wortlaut

Im Gesetz findet sich kein ausdrücklicher Hinweis auf die Berücksichtigung von Sicherheitsbedürfnissen im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Verhaltensweisen.

Die Einhaltung der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen ist jedoch neben dem betriebswirtschaftlichen Einzelinteresse (Unfälle als Kostenfaktoren) ein notwendiger Bestandteil wirtschaftlicher Verhaltensweisen, die die Belange der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls berücksichtigen.

-
- 1) Dies ist wohl der tragende Gedanke des BKA, WuW/E aaO S. 152: "Die Grenzen zwischen den einzelnen Gemeinschaftsordnungen ergeben sich aus dem Gewicht der zu stützenden Rechtsgüter, wobei der Sicherheit des einzelnen der Vorrang einzuräumen ist." In diese Gruppe läßt sich auch Spengler, Tatbestandsmäßigkeit S. 37 ff einordnen, der aus dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz § 1 mangels Rechtswidrigkeit verneinen will, wobei für Spengler die Sozialadäquanz als Umschreibung einer Güterabwägung erscheint. Gegen Spengler Steindorff, JZ 1960 S. 232 ff (232).
 - 2) Zum Erfordernis einer Regelungslücke vgl. allgemein Canaris, Feststellung S. 19 ff; Esser, Grundsatz S. 107 ff; Heck, Gesetzesauslegung S. 222 ff; Larenz, Methodenlehre S. 298 ff; für das GWB ausführlich BGH Urteil v. 30.6.1966 "Schallplatten" WuW/E 795 ff (808).

Diese Fälle sind vom GWB erkannt und bei den einzelnen Regelungen berücksichtigt worden.

Dem allgemeinen Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden in § 1 folgen in §§ 2 ff Ausnahmetatbestände, in denen der Gesetzgeber den Wettbewerb nicht unbeschränkt schützen wollte.

Dabei berücksichtigt der Gesetzgeber einmal wirtschaftliche Gesichtspunkte.

Die von den Kartellen in §§ 2 ff verfolgten Ziele, wie Markttransparenz, geordnete Strukturveränderungen, Rationalisierung und Ausfuhrförderung werden anerkannt und dem Rechtsgut des Wettbewerbs als höherwertiges Prinzip übergeordnet.

Die §§ 2 ff enthalten also ebenso wie § 38 Abs. II S. 3 und § 38 Abs. III und die Ausnahmen der §§ 99 ff gesetzlich geregelte Güterabwägungsfälle.¹⁾

In diesen Fällen erfolgt zwar in erster Linie eine Interessenabwägung zwischen dem Wettbewerb und den Auswirkungen seiner Beschränkung aufgrund von wirtschaftlichen Erwägungen, doch sind auch die Belange des Gemeinwohls zu berücksichtigen.²⁾

So läßt § 4 ein Strukturkrisenkartell nur zu, wenn die Marktregelung unter Berücksichtigung der Belange der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls erfolgt.

Die Zulässigkeit eines Rationalisierungskartells mit Syndikat setzt voraus, daß die Rationalisierung im Interesse der Allgemeinheit erwünscht ist.

Für die in den Ausnahmebestimmungen der §§ 2 - 7 ff nicht vorgesehenen Fälle einer notwendigen Güterabwägung sieht § 8 eine Freistellung aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls vor.

Den gesamtwirtschaftlichen Bedürfnissen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Wirtschaftsbe-
reiche wird in all diesen Fällen das Gesamtwohl im Sinne aller

1) Darauf weist Steindorff, Zweckmäßigkeit S. 29 ff, 48 ff hin.

2) Vgl. hierzu auch Rieger, Problem S. 124 ff.

sozialen, kulturellen und sittlichen Güter und Werte gegen-
übergestellt. ¹⁾

Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Belange der
Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls auch im Hinblick auf die
Erhaltung des Wettbewerbs berücksichtigt hat.

1.4.2. Entstehungsgeschichte

Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Interessen der
Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls im Rahmen des Schutzes
des Wettbewerbs ergibt sich besonders aus der Entstehungsge-
schichte zu § 8, der auf einen Änderungsvorschlag des Bundes-
rates zurückgeht.

Zur Begründung der in § 8 vorgenommenen Güterabwägungsmög-
lichkeit und -zuständigkeit führte der Bundesrat aus: "Die An-
wendung der Generalklausel setzt eine schwerwiegende, wirt-
schafts- und staatspolitische Entscheidung unter Berücksichti-
gung der Belange der gesamten Wirtschaft, einschließlich der
Verbraucher, auch eine Berücksichtigung allgemeiner Wohlfahrts-
und Sicherheitsinteressen voraus. Dies kann den Kartellbehörden
nicht überlassen werden." ²⁾

Damit sollte über die Sachverhalte in den §§ 2 - 7 hinaus
auch in den Fällen, in denen Wettbewerbsbeschränkungen sich
aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls für erforderlich zei-
gen sollten, die Möglichkeit einer Ausnahme von § 1 geschaffen
werden. ³⁾

1) Zu diesen Begriffen Frankf.Komm., § 4 Tz. 62 ff; Müller-
Henneberg, GemKomm. § 8 Rdz. 7, der darauf hinweist, daß
Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl bei allen Entscheidungen
des GWB zu berücksichtigen sind; Sölter, GemKomm. § 4 Rdz.
12; auch für den Anwendungsbereich des § 4 Kartellverord-
nung wurden diese Begriffe ebenso ausgelegt, vgl. Isay-
Tschierschky, § 4 Anm. 5.

2) BT-Drucks. 53/54 v. 21.5.1954.

3) Hierzu ausführlich Abgeordneter Kurlbaum, schriftlicher Be-
richt des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, BT-Drucks.
II 3644 S. 18.

1.4.3. Sinn und Zweck

Aus der Art der Regelung der vom Gesetzgeber getroffenen Ausnahmeregelungen von den Verboten des GWB ergibt sich, daß die Fälle des vorrangigen Güterschutzes im Rahmen und unter den Voraussetzungen des GWB geregelt werden sollten.

In den §§ 2 - 8 ist das Zurücktreten des Rechtsgutes Wettbewerb an ganz bestimmte Voraussetzungen gebunden.

Die sich generell aus diesen Kartellen ergebenden Vorteile, wie Markttransparenz und Konkurrenz mit der Hauptleistung (§§ 2, 3), die Anpassung an die geänderte Nachfrage (§ 4), die Rationalisierung und Spezialisierung (§§ 5, 5a und 38 Abs. III), die Ausfuhrförderung (§ 7) und die Abwehr ausländischer Monopolmacht werden nicht abstrakt, sondern nur im Hinblick auf den konkreten Fall höher bewertet.

Ebenso wie in § 8 muß hier die Beschränkung des Wettbewerbs sich gerade im Einzelfall als volkswirtschaftlich notwendig oder zweckmäßig erweisen.

Für die Prüfung der Voraussetzungen, in denen das Rechtsgut Wettbewerb aus Gründen der Belange der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls im Einzelfall zurückzutreten hat, ist ein besonderes Verfahren notwendig.

Auch Verträge, in denen die von den Kartellen verfolgten Ziele dem Wettbewerb gegenüber als höherrangig angesehen werden, bedürfen einer Erlaubnis, zumindest aber einer Anmeldung, wobei die Erlaubnis nur für einen bestimmten Zeitraum (§ 11) erteilt wird.

Ferner gilt die Freistellung aus Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls nicht uneingeschränkt, sondern unterliegt der Mißbrauchsaufsicht durch fachkundige Behörden.

Aus der detaillierten Aufzählung der Fälle möglicher Kollisionen des Rechtsgutes Wettbewerb mit höherwertigen Rechtsgütern der Gesamtwirtschaft und der besonderen Art der Lösung dieser Konfliktsituationen, ergibt sich, daß der Gesetzgeber die möglichen Wertkonflikte erkannt und im Rahmen des GWB abschließend geregelt hat.

Läßt sich aber anhand der gesetzlichen Regelung ein eindeutiger Wille des Gesetzgebers erkennen, so ist eine entgegenstehende Auslegung auch dann nicht möglich, wenn sich Zweifel an der Richtigkeit der vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung ergeben. ¹⁾

Der Anwendungsbereich des GWB läßt sich daher auch nicht unter Berufung auf das höherwertige Rechtsgut der menschlichen Sicherheit einschränken. Die Freistellung der VDE-Bestimmungen von den Verbotsnormen des GWB kann daher nur im Rahmen der Vorschriften des GWB erfolgen. ²⁾

2. Freistellung als Normen und Typen

Die wünschenswerte Freistellung der VDE-Bestimmungen von den Verboten des GWB kann sich aufgrund der Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund von Normen- oder Typenanwendungen ergeben.

2.1. Normenvereinbarungen

Die Voraussetzungen für eine Freistellung der VDE-Bestimmungen sind unterschiedlich für Normenbeschlüsse in § 5 Abs. I,

-
- 1) BGH Urteil v. 30.6.1966 "Schallplatten" WuW/E 795 ff (808); Urteil v. 6.12.1955 BGHZ 19 S. 227 ff (231).
 - 2) Anders anscheinend Langen-Böckstiegel, § 1 Rdz. 68, 97 ff, die in dem Hinweis des § 1 I 2 nicht wie die herrschende Meinung einen (überflüssigen) Hinweis auf die Ausnahmebestimmungen des GWB sehen; vielmehr soll das Gesetz auch dann etwas anderes bestimmen, wenn ein vorrangiges Rechtsgut die Einschränkung des § 1 I 1 verlange. Dies ergebe sich aus einem Vergleich des § 1 I 1 mit § 134 GWB. Da bei § 1 im Gegensatz zu § 134 GWB weder ein gesetzliches Verbot vorliege, noch seine Verletzung mit Strafe im engeren Sinn bedrohe, müsse geschlossen werden, daß bei § 1 die Einschränkung "so weit" so zu verstehen sei, daß hier nicht nur die im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen darunter fielen. Dem ist entgegenzuhalten, daß § 1 zumindest in Verbindung mit § 38 I 1 ein gesetzliches Verbot beinhaltet; im übrigen auch § 134 kein strafrechtlich sanktioniertes Verbot voraussetzt; entscheidend gegen diese Auffassung spricht jedoch die kaustische Aufführung der Ausführungen der §§ 2 ff, insbesondere § 8, die dann überflüssig wären. Wie hier Rieger, Problem S. 124 ff.

für Normenempfehlungen in § 38 Abs. III gestaltet.

Voraussetzung der Freistellung der Kartellvereinbarungen vom Verbot des § 1 in Verbindung mit § 38 Abs. I Nr. 1 ist, daß die Beschränkung der Wettbewerbshandlungen lediglich aufgrund der einheitlichen Anwendung von Normen oder Typen erfolgt, wobei Vereinbarungen eines Rationalisierungsverbandes nach § 9 Abs. II S. 2 verfahrensmässig besser gestellt sind.

2.1.1. Normen

Zur Bestimmung der in § 5 Abs. I S. 1 verwendeten Begriffe "Normen" und "Typen" wird in der Literatur zumeist an den technisch-betriebswirtschaftlichen Sprachgebrauch angeknüpft.

Danach vereinheitlichen Normen die quantitativen und qualitativen zweckbezogenen Beschaffenheiten von Einzelteilen, während Typen die Summe der zweckbezogenen objektiven Eigenschaften von Fertigerzeugnissen bezeichnen.¹⁾

Da das GWB an keiner Stelle eine unterschiedliche Bewertung danach trifft, je nachdem ob Gegenstand der Vereinbarung Einzelteile oder aus mehreren Einzelteilen zusammengesetzte Produkte sind, soll hier auf eine Unterscheidung nach Normen und Typen zunächst verzichtet werden.

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, daß es sich hier nur um technische, nicht aber um rechtliche Normen oder um Geschäftsbedingungen handeln darf.²⁾

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da das Gesetz einmal in § 2 eine besondere Regelung für Geschäftsbedingungen getroffen

1) Baumbach-Hefermehl, § 5 Rdz. 3; Becker, Rationalisierung 1953 S. 225 ff (227); Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 16 u. WuW 1958 S. 3 ff (9); Dülz, WRP 1958 S. 161 ff (163); Lanzenberger, Normungskartelle S. 10; Mellerowicz, Betriebswirtschaftslehre S. 133; sachlich ebenso Rasch-Westrick, § 5 Rdz. 4.

2) Baumbach-Hefermehl, § 5 Rdz. 3; Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 18 f; Frankf.Komm., § 38 Rdz. 136 d; Langen-Böckstiegel, § 5 Rdz. 4; Rasch-Westrick, § 5 Rdz. 2.

hat, zum anderen sich aus der Entstehungsgeschichte ¹⁾ eindeutig ergibt, daß nach § 5 Abs. I nur technische Normen freigestellt werden sollten.

In den Gesetzesmaterialien bis zur Verabschiedung des GWB am 27. Juli 1957 finden sich keine Hinweise, welche Arten von Wettbewerbsbeschränkungen durch Normenvereinbarungen als zulässig anzusehen sind.

Aus der allgemeinen kartellrechtlichen Diskussion über die Zulassung von Normenkartellen ergibt sich indes, daß der Gesetzgeber davon ausging, daß hierdurch der Wettbewerb hinsichtlich der angebotenen und nachgefragten Güter nicht mengenmässig, sondern nur bezüglich der technischen Variationsmöglichkeiten beeinträchtigt wird. ²⁾

Klarer trat diese Auffassung des Gesetzgebers insoweit bei der Novelle zum GWB vom 23. Juni 1965 zutage. Im Bericht der Bundesregierung über Änderungen des GWB, der zur Grundlage der Novelle 1965 gemacht wurde ³⁾ heißt es, daß Normen die Beschaffenheit der Güter betreffen und der Wettbewerb hierdurch in der Vielfalt und Reichhaltigkeit des Angebots beschränkt werde. ⁴⁾

Im Gegensatz zu § 3 Abs. I enthält § 5 Abs. I keinen Hinweis darauf, daß lediglich die Beschränkung des Verkehrs mit Waren als zulässig erachtet wird. Da die übrigen, nach § 5 erlaubten Rationalisierungsvereinbarungen sich auch auf den Verkehr mit gewerblichen Leistungen beziehen können ⁵⁾, betreffen Normenabsprachen die Ausgestaltung von Waren wie auch von gewerblichen Leistungen.

1) Vgl. Abgeordneter Kurlbaum, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu BT-Drucks. II 3644 S. 16: "Der Ausschuß wünscht klarzustellen, daß unter dem Ausdruck Norm nur technische Normen, nicht aber Rechtsnormen oder Bedingungen (gelegentlich als DIN-Norm-Bedingungen bezeichnet), zu verstehen sind."

2) Vgl. Gleiss, BB 1950 S. 331 f (331); Kamberg, WuW 1953 S. 284 ff (295).

3) So ausdrücklich Begründung zum Reg.Entw., BT-Drucks. IV 2564 Anl. 1 B II.

4) Kartellbericht, BT-Drucks. IV 617 Ziff. 1, 2.

5) So ausdrücklich: Rasch-Westrick, § 5 Rdz. 11; v.Renthe-Fink, GemKomm. § 3 Rdz. 51.

Die Ausgestaltung dieser Güter richtet sich dabei zunächst nach den Naturgesetzen, die zumeist eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten zulassen. Um eine vorgegebene Ausgestaltung zu erzielen, können sie aber in bestimmter Weise kombiniert und manipuliert werden.¹⁾ Gegenstand der Vereinbarungen nach § 5 Abs. I sind danach Verhaltensrichtlinien in bezug auf die Beschaffenheit von Waren und gewerblichen Leistungen, die - von den Naturgesetzen ausgehend - diese manipulieren und kombinieren.

Je nach den Anforderungen der gestellten Aufgaben können sich diese Richtlinien auf die Herstellung oder Errichtung, die Anwendung, die Erhaltung oder Unterhaltung von Gegenständen beziehen. Dabei werden die zu beachtenden Verhaltensweisen entweder unmittelbar durch Vorschriften etwa über Bezeichnungen, Maße, Abmessungen, Farben, Formen oder Werkstoffe, oder mittelbar durch Festlegungen zum Beispiel bestimmter Prüfungen oder Prüfverfahren geregelt.²⁾

Im Rahmen des Normenbegriffs des § 5 Abs. I könnte eine derartige nähere Kennzeichnung des Normungsverfahrens aus dem Gesichtspunkt der zu erwartenden Intensität der Wettbewerbsbeschränkung von Bedeutung sein.

Die stärksten Wettbewerbsbeschränkungen gehen in der Regel von denjenigen Bestimmungen aus, die Material und Form der Gegenstände festlegen; die Wettbewerbsbeschränkungen sind dagegen meist geringer, wenn nur die Bezeichnungen oder die Eigenschaften in der Weise geregelt sind, daß diese durch bestimmte Prüfungen festgestellt werden müssen.³⁾

1) Formulierung nach Herschel, NJW 1968 S. 617 ff (617); dies entspricht der hM, die den Begriff Technik als angewandte Naturgesetzlichkeit versteht; weitere - weniger anschauliche - Definitionen bei Schäfer, Recht S. 3 ff.

2) Vgl. für VDE-Bestimmungen oben S.5 ff, 90 ff; für DIN-Normen DIN 820 Blatt 1 (Juni 1960) Ziff. 2.1..

3) Vgl. oben S. 90 ff und 104 ff.

Die Vorschrift des § 5 Abs. I enthält jedoch im Gegensatz etwa zu § 5 Abs. II S. 2, § 5 Abs. III S. 2, § 5a Abs. I S. 1 keine ausdrücklichen oder stillschweigenden Anforderungen an das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung.¹⁾ Eine nähere Umschreibung der Art der nach § 5 Abs. I zulässigen Beschaffenheitsrichtlinien ist daher nicht erforderlich.

Die in der Literatur bisher erörterten zulässigen Normenvereinbarungen gehen ersichtlich von den umfangmässig sicher bedeutsamsten Normen des Deutschen Normenausschusses (DIN-Normen) aus. Die nach § 5 Abs. I zulässigen Normen werden daher als Regeln gekennzeichnet, die der Vereinheitlichung und damit der Vereinfachung der Produktion und des Vertriebs dienen.²⁾

Für eine derartige Beschränkung der nach § 5 Abs. I zulässigen Normen auf Vereinheitlichungsregeln scheint zu sprechen, daß es sich hierbei um Rationalisierungskartelle handelt, von denen das Gesetz stillschweigend voraussetzt, daß sie die in § 5 Abs. II S. 1 ausdrücklich genannten Merkmale - unter anderem die Eignung zu einer wesentlichen Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit - besitzen.

Die Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen wird aber nicht nur erhöht, wenn die Produktions- und Vertriebsleistungen vereinfacht und damit verbilligt werden, sondern auch wenn drohende Nachteile, zum Beispiel in der Eigenart der Güter liegende Produktionsrisiken und Verlustgefahren verringert werden. Bereits aus diesem Gesichtspunkt erscheint eine Einengung auf Vereinheitlichungsregeln nicht gerechtfertigt.

-
- 1) Die vom Gesetzgeber bei § 5 I unterstellten geringen Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich daraus, daß nur die Beschaffenheit der Güter eingeschränkt wird, BT-Drucks. IV 617 Ziff. 1.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 5 Rdz. 4; Benisch, B 1965 S. 1035; Deringer, WuW 1958 S. 8; Dörinkel, WuW 1965 S. 809; Gutzler, BB 1965 S. 917; Gleiss, BB 1950 S. 331; Niederleithinger, WRP 1965 S. 308; Poeche, WRP 1965 S. 314; Rasch-Westrick, § 5 Rdz. 4; Tessin, AG 1965 S. 281.

Entscheidend ist jedoch, daß auch der Gesetzgeber nicht davon ausgeht, daß Normen begriffsmäßig geeignet sind, die Leistungsfähigkeit zu erhöhen. Die Gesetzesmaterialien lassen die Erwartung des Gesetzgebers erkennen, daß Normenabsprachen diese Voraussetzung in der Regel erfüllen werden; gleichermaßen zeigt sich jedoch die Sorge des Gesetzgebers vor den Gefahren der Normenvereinbarungen, die beispielsweise zu einer Zementierung des Standes der Technik und damit gerade nicht zu einer Erhöhung der Leistungsfähigkeit führen können.¹⁾ Daraus erklärt sich auch das Erfordernis der Einschaltung von Rationalisierungsverbänden, womit der Gesetzgeber Normenvereinbarungen einer besonders fachkundigen Aufsicht unterstellen wollte, sowie die bei Normenempfehlungen ausdrücklich hervorgehobene Mißbrauchsaufsicht. Aus all dem ergibt sich, daß der Gesetzgeber nicht vorausgesetzt hat, daß Normen begriffsmäßig die in § 5 Abs. II aufgestellten Merkmale erfüllen. Für die nach § 5 Abs. I freigestellten Normen ist daher nur erforderlich, daß es sich um eine Kombination der Naturgesetze in bezug auf die Beschaffenheit von Waren und gewerblichen Leistungen handelt.

2.1.2. Einheitliche Anwendung

Gegenstand einer Normenvereinbarung nach § 5 muß die einheitliche Anwendung von Normen sein.

Einheitlich läßt sich dabei einmal verstehen als Beschränkung auf die Einheit, d.h. die Anwendung der Normen sollte nur unter Beschränkung auf den Kreis der Beteiligten erfolgen. Soweit sich die Anwendung auf außerhalb dieser Einheit stehende Unternehmen beziehen würde, läge dann eine einheitliche Anwendung,

1) Dazu ausführlicher Kartellbericht, BT-Drucks. IV 617 Ziff. 1, 2 und Begründung zum Reg.Entw. Novelle 1965, BT-Drucks. IV 2564 Anl. 1, B, Abschnitt III zu Art. 1 Nr. 1.

somit keine Freistellungsmöglichkeit nach § 5 Abs. I vor.¹⁾

Gegen eine solche Auslegung spricht jedoch, daß die einheitliche Anwendung nur Gegenstand des Vertrages sein muß. Die Auswirkungen der einheitlichen Anwendung werden vom Gesetz nicht erfaßt.

Von den Kartellabsprachen zeigen Normungskartelle im besonderen Ausmaße Auswirkungen auf Dritte. Wollte man daher die Freistellung von Normen-Vereinbarungen generell von den Auswirkungen auf Dritte, insbesondere die vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen abhängig machen, würde die vom Gesetzgeber bezweckte allgemeine Freistellung wieder vereitelt. Auswirkungen auf Dritte können daher nur im Wege der Mißbrauchsaufsicht Beachtung finden.

"Einheitlich" läßt sich zum anderen im Gegensatz zu "unterschiedlich" verstehen. Daraus wird zum Teil die Folgerung gezogen, daß alle angesprochenen Unternehmen dieselben Normen anzuwenden haben. Hat ein Teil der Unternehmen sich auf eine bestimmte Gruppe von Normen oder Empfehlungen zu beschränken, und ein anderer Teil auf eine bestimmte andere Gruppe, so läge dann keine einheitliche Anwendung von Normen vor.²⁾

-
- 1) So anscheinend Rasch, 2. Aufl. § 5 Anm. 2 b, aber ohne Kennzeichnung des Einsatzpunktes. Dieses Problem wurde akut, als sich einmal Vertragspartner verpflichteten, nur genormte Bierflaschen neu anzuschaffen. Das BKA hat dieses Kartell als zulässig erachtet (Tätigkeitsbericht 1961 S. 43, BT-Drucks. IV 378). Der Rationalisierungsverein Deutscher Mineralbrunnen dagegen hatte nach Bedenken des BKA im Hinblick auf das Interesse der Verbraucher und der vorgelagerten Wirtschaftsstufen den Antrag auf ein Kronenkorkenkartell zurückgezogen, BKA Bekanntmachung v. 21.10.1965 WuW 1966 S. 46. Allgemein zu den Gefahren der Normungskartelle für andere Wirtschaftsstufen, ohne daraus Folgerungen zu ziehen: Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 26 f; Langen-Böckstiegel, § 5 Rdz. 6 unter dem Gesichtspunkt "lediglich".
- 2) Eckstein, Kriterien S. 52; Frankf.Komm., § 38 Tz. 136 e; Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 23; Rasch, Rationalisierungsmöglichkeiten S. 60.

Das Erfordernis der einheitlichen Anwendung ergibt sich aus der notwendigen Abgrenzung zu Spezialisierungskartellen nach § 5 a Abs. I, deren wesentliches Merkmal darin besteht, daß die Beteiligten eine Aufteilung ihrer Produktionsprogramme vornehmen. Zur Unterscheidung ist es daher ausreichend, wenn die angesprochenen Unternehmen, die demselben Wirtschaftsbereich angehören, die Normen anwenden sollen.

Soweit daher Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen Normen anwenden, die nur in der Bezeichnung einheitlich, inhaltlich dagegen unterschiedlich ausgestaltet sind, ist es im Rahmen des § 5 Abs. I ausreichend, wenn jeweils auf derselben Stufe eine (inhaltlich) einheitliche Anwendung erfolgt.

2.1.3. Lediglich

Die Vereinbarung nach § 5 muß sich aber ausserdem auf die Anwendung von Normen beschränken.

Damit sollen die Fälle des § 5 von anderen Vereinbarungen scharf abgegrenzt werden.

Aus dem Sinn des Wortes "lediglich" als Kennzeichen zur Eingrenzung der freigestellten Vereinbarungen ergibt sich, daß es im Rahmen des § 5 unschädlich ist, wenn die Vereinbarung zugleich noch andere, nicht wettbewerbsbeschränkende Bestimmungen enthält.¹⁾

Die Industrie hat - zumindest vor Inkrafttreten des GWB - stets zu erkennen gegeben, daß ein wirtschaftliches Interesse an Normungskartellen nur in Verbindung mit anderen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bestehe.²⁾

1) So Frankf.Komm., § 38 Tz. 136 g für den Fall der Normenempfehlungen. Bei Empfehlungen gewinnt dieser Gesichtspunkt deshalb Bedeutung, weil das BKA zunächst (Brief v. 3.12.1958 WuW/E 21) die Möglichkeit einer Legalisierung von Empfehlungen entsprechend §§ 2 ff verneint hatte. Nach dem Urteil des BGH v. 8.10.1958 WuW/E 251 ff (251 f) wird dagegen eine Legalisierung von Empfehlungen entsprechend §§ 2 ff zulässig erachtet, vgl. Mayer-Wegelin, GemKomm. § 38 Rdz. 21 mwN.

2) Mestmäcker, JZ 1952 S. 329 ff (329).

Im Hinblick auf die vergleichbaren rechtlichen Anforderungen kommt vor allem eine Kombination mit Vereinbarungen über einheitliche Konditionen und Rabatte in Betracht.

Bezüglich jeder einzelnen Vereinbarung handelt es sich um ein erlaubnisfreies, lediglich anmeldepflichtiges Kartell, § 12 Abs. II.

Werden daher zusammen mit einem Normenkartell derartige Vereinbarungen getroffen, so ließe sich die Auffassung vertreten, es liege insgesamt ein erlaubnisfreies Kartell vor.

Dagegen spricht, daß der Verzicht auf ein Widerspruchsrecht der Kartellbehörde bei Normenkartellen damit gerechtfertigt wird, daß "diese Kartelle den Wettbewerb nicht meist erheblich einschränken" und der Rationalisierungserfolg die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung ausgleicht.¹⁾

Bei einer Kombination von Wettbewerbsbeschränkungen kann dieses bei der generellen Freistellung von Normenkartellen vorausgesetzte Güterverhältnis jedoch in gesamtwirtschaftlich unerwünschte Konsequenzen umschlagen.

Bei einer Verbindung von Normungskartellen mit anderen zulässigen (anmeldepflichtigen) Wettbewerbsbeschränkungen richtet sich die Zulässigkeit von Normenvereinbarungen daher nicht nach § 5 Abs. I, sondern nach § 5 Abs. II.^{2) 3)}

-
- 1) Begründung zum Reg.Entw. Novelle 1965 Abschn. III zu Art. 1 Nr. 1, abgedruckt in GemKomm. Nachtrag 1966 vor § 5.
 - 2) Dagegen spricht nicht, daß derartige Vereinbarungen für sich allein nach § 12 II nur der Anmeldung bedürfen. In diesen Fällen hat das BKA nach § 12 bezüglich der Einzelabsprachen die Möglichkeit des Einschreitens. Dabei kann sich bereits aus dem Ausschluß jeglichen Wettbewerbs ein Mißbrauch ergeben. Vgl. dazu unten S. 192. Das BKA hat zwar bei der Kumulation von Rabatt- und Konditionenkartellen nicht widersprochen, vgl. BKA Bekanntmachung v. 14.2.1959 "Baukeramik" u. 26.3.1959 "Gaswasserheizer" WuW 1959 S. 342 ein bloßes Anmeldekartell angenommen, doch ist in §§ 2, 3 nicht "lediglich" die Anwendung der bestimmten Vereinbarung Voraussetzung.
 - 3) Im Rahmen der §§ 5 II, III kann dann aus Gründen der Vereinfachung der Verzicht auf ein Widerspruchsrecht gleichzeitig erfolgen, so z.B. BKA Beschluß v. 29.12.1960 "Textillohnveredelung" WuW/E 323 ff (329 f); Beschluß v. 9.7.1965 "Sisal-kordel" WuW/E 953 ff (956); Beschluß v. 14.10.1965 "Buntspinner" WuW/E 983 ff (985 f).

Werden im Rahmen einer Normenvereinbarung zugleich ausdrücklich Preisvereinbarungen getroffen, so unterfällt die ganze Vereinbarung der Regelung des § 5 Abs. III. ¹⁾

Kollektive Preisabsprachen sind jedoch nicht nur in der Form denkbar, daß ausdrücklich die Preise für bestimmte Erzeugnisse festgelegt werden. Nahezu derselbe Effekt läßt sich dadurch erzielen, daß sich die Mitglieder der Normungsabsprache auf die Produktion nur bestimmter Produkte einigen und dabei die Eigenschaften dieser Produkte so eng festgelegt werden, daß ein Preiswettbewerb kaum noch möglich ist. ²⁾

Dem Wortlaut des Gesetzes nach liegt auch in diesem Fall eine Vereinbarung nach § 5 Abs. I vor, die mit der Anmeldung wirksam wird.

Nach der hier vertretenen Gegenstandstheorie, die in § 5 ihre deutliche Ausprägung findet, muß die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt der Vertragsvereinbarung sein. Zwar wird man nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen auch noch konkludente Preisabsprachen als Gegenstand eines Preiskartells von den Vereinbarungen im Sinne des § 5 trennen können. Dann muß sich aber der Gegenstand der Vereinbarung - die Preisfestlegung - immerhin noch aus der Vereinbarung selbst, nicht aufgrund der Auswirkungen ergeben.

Begrifflich lassen sich die Fälle der Beschränkung des Preiswettbewerbs durch Normenvereinbarungen daher allenfalls durch die Mißbrauchsaufsicht berücksichtigen.

1) Da Rabattvereinbarungen für gewerbliche Leistungen nach § 3 nicht vom Kartellverbot freigestellt werden können, ergibt sich die Frage, ob die Freistellung nicht wenigstens im Rahmen von Rationalisierungsmaßnahmen nach § 5 III möglich ist. Da nach § 5 III sogar die Preiskartellierung also die wesentlich stärkere Wettbewerbsbeschränkung zulässig ist, wird man dies bejahen müssen. Ebenso Rasch-Westrick, § 5 Rdz. 11.

2) Vgl. oben S. 54 ff.

2.1.4. Normen eines Rationalisierungsverbandes

In § 5 Abs. I ist für Verträge und Beschlüsse über die einheitliche Normenanwendung bei der Anmeldung nach § 9 Abs. I die Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes beizufügen. Eine besondere Bestimmung für Beschlüsse von Rationalisierungsverbänden findet sich hier im Gegensatz zu Empfehlungen von Rationalisierungsverbänden, § 38 Abs. III S. 4 nicht, da der Gesetzgeber anscheinend davon ausging, daß die Mitglieder von Rationalisierungsverbänden zur Einhaltung der aufgestellten Normen nicht verpflichtet sind.¹⁾

Da hier nach § 9 Abs. II S. 4 Normenbeschlüsse in das Kartellregister eingetragen werden müssen, ist eine entsprechende Anwendung des § 38 Abs. III mit der Folge eines Anmeldeverzehrs für Normenbeschlüsse eines Rationalisierungsverbandes nicht möglich.

Der Begriff des Rationalisierungsverbandes ergibt sich aus der Definition des § 5 Abs. I S. 3, wonach darunter Verbände zu verstehen sind, zu deren satzungsgemässen Aufgaben es gehört, Normungs- und Typungsvorhaben durchzuführen (oder zu prüfen) und dabei die Lieferanten und Abnehmer, die durch die Vorhaben betroffen werden, in angemessener Weise zu beteiligen.

Aus der Verwendung des allgemeinen Begriffs des Verbandes ist zu entnehmen, daß hierbei ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Personenvereinigung zu verstehen ist.²⁾

Dabei muß die Satzung, die Aufstellung oder Prüfung von Normungs- oder Typungsaufgaben ausdrücklich vorsehen. Nach dem oben entwickelten Normungsbegriff ist es jedoch nicht erforder-

1) Vgl. Kartellbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV 617 S. 11 "Noch keine Einschränkung des Wettbewerbs liegt in der Ausarbeitung und Aufstellung von Normen oder Typen, auch wenn sich mehrere Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen korporativ damit befassen."

2) Vgl. Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 31 "Umfassende Gruppen".

lich, daß es sich um technische Vorschriften handelt, die der Vereinheitlichung dienen.

Fraglich ist jedoch, ob ein Rationalisierungsverband nur dann vorliegt, wenn Normen aufgestellt werden, die für die Mitglieder des Rationalisierungsverbandes (rechtlich oder faktisch) unverbindlich sein müssen.

Wie sich aus dem Wortlaut der §§ 5 Abs. I, 38 Abs. III S. 2 ergibt, geht das Gesetz davon aus, daß Rationalisierungsverbände durch das Aufstellen von Normen ihren Mitgliedern gegenüber keine Kartellbeschlüsse fassen.

Der Sinn des Erfordernisses der satzungsgemässen Aufgabe im Hinblick auf die Ausarbeitung und Verbreitung von Normen besteht jedoch nur darin, daß nur Verbände mit der nötigen Sachkunde auf dem Gebiet der Ausarbeitung von Normen zu kartellpolitischen Maßnahmen (Stellungnahme nach §§ 5, 38) herangezogen werden sollen.¹⁾ Der hier mögliche Konflikt zwischen Sachkunde und deren entsprechende Anwendung im Einzelfall dadurch, daß die Verbände diese Normen selbst erarbeiten, ist bei einer bindenden Verpflichtung der Mitglieder kaum größer als bei nicht verpflichtenden Normen. Für Normenempfehlungen hat der Gesetzgeber diese Gefahr jedoch in Kauf genommen, wie der Verzicht auf die Stellungnahme eines unabhängigen (dritten) Rationalisierungsverbandes zeigt.

Insoweit ist die Ausgestaltung des Innenverhältnisses für den Begriff des Rationalisierungsverbandes unerheblich.²⁾

Entscheidendes Merkmal eines Rationalisierungsverbandes ist jedoch eine angemessene Beteiligung der betroffenen Lieferanten und Abnehmer. Dem Wortlaut des Gesetzes nach muß diese Beteiligung nicht tatsächlich erfolgen, sondern lediglich satzungs-

1) Begründung zum Reg.Entw. Novelle 1965 Abschn. III zu Art. 1 Nr. 1, BT-Drucks. IV 2564 S. 11.

2) Es ist daher gleichgültig, ob der Verband daneben noch andere Zwecke hat, ebenso Frankf.Komm., § 38 Tz. 136 m.

mässig bestimmt sein (... zu deren Aufgaben es gehört ... zu beteiligen). ¹⁾

Ob diese Auslegung dem Gesetzeszweck entspricht, muß bezweifelt werden.

Die Stellungnahme der Rationalisierungsverbände soll - nachdem bei § 5 die Widerspruchsmöglichkeit der Kartellbehörde gegen Normenvereinbarungen weggefallen ist - sicherstellen, daß nur solche Verträge angemeldet werden, die hinreichend geprüft sind und deren einheitliche Anwendung erwünscht ist. ²⁾

Die Gewähr einer solchen Vorprüfung liegt jedoch nur bei tatsächlicher Beteiligung der betroffenen Lieferanten und Abnehmer vor, nicht jedoch bei lediglich entsprechend ausgestalteten Satzungsbestimmungen beliebiger Vereine.

Eine Auslegung entgegen dem Wortlaut erscheint jedoch bei dieser neuen Bestimmung nicht möglich. Gegen eine solche erweiternde Auslegung des Wortlauts spricht auch die Entstehungsgeschichte. Im Hinblick auf die Klagen ³⁾ der Industrie über die zu schwerfällige Handhabung der Zulassung von Normenverträgen (nach § 5 Abs. I a.F. Anmelde- und Widerspruchsverfahren mit dreimonatiger Widerspruchsfrist) wollte der Gesetzgeber dieses Verfahren vereinfachen. Wohl um die bei Rabatt und Konditionenkartellen häufigen Streitigkeiten ⁴⁾ über die hinreichende Anhörung von Lieferanten und Abnehmern zu vermeiden, wurde die jetzige Fassung des § 5 Abs. I S. 3 gewählt.

Für den Begriff des Rationalisierungsverbandes reicht also eine entsprechende Satzungsbestimmung über eine hinreichende Beteiligung der betroffenen Lieferanten und Abnehmer aus. ⁵⁾

1) So ausdrücklich Benisch, B 1965 S. 1035 ff (1036); Dörinkel, WuW 1965 S. 809 ff (811); Gutzler, BB 1965 S. 917 ff (917); Niederleithinger, WRP 1965 S. 307 ff (308).

2) Begründung zum Reg.Entw. Novelle 1965, BT-Drucks. IV 2564 S. 11.

3) Vom Inkrafttreten des GWB am 1.1.1958 - 31.12.1963 waren 4 Normen- und Typenkartelle angemeldet worden.

4) Vgl. hierzu Benisch, BB 1965 S. 1035 ff (1036).

5) Anders möglicherweise Langen-Böckstiegel, § 5 Rdz. 9: "beteiligt werden".

Bei den Lieferanten handelt es sich dabei unstreitig um die vorgelagerte Wirtschaftsstufe.

Für den Begriff der Abnehmer ist nicht geklärt, ob damit auch die Endverbraucher gemeint sind. Zum Teil wurde das mit der Begründung verneint, daß das Gesetz insoweit keinen Hinweis enthalte und die Einschaltung der Rationalisierungsverbände gerade das Verbraucherinteresse wahre. ¹⁾

Vom Wortlaut her wird man aber unter Abnehmer auch die Endabnehmer verstehen müssen. Angesichts der hier möglichen Kombination von horizontalen Absprachen der unmittelbaren Abnehmer mit vertikalen Absprachen mit den Lieferanten ergibt sich, daß die Einschaltung der unmittelbaren Abnehmer nicht unbedingt die Gewähr für eine Berücksichtigung der Interessen der Letztverbraucher bietet. ²⁾

Da das Gesetz keinen Hinweis darauf gibt, daß als Betroffene nur die unmittelbaren Abnehmer verstanden werden sollen und der Letztverbraucher ein schutzwürdiges Interesse an den sich für ihn ergebenden Auswirkungen der Normung hat, wird man auch die Letztverbraucher mit dem Begriff der Abnehmer im Sinne des § 5 verstehen müssen. ³⁾

Die angemessene Beteiligung der betroffenen Kreise muß sich dabei auf die Durchführung von Normungsvorhaben erstrecken.

In § 5 Abs. I S. 2 a.F. in Verbindung mit § 2 Abs. II war lediglich eine Anhörung der betroffenen Lieferanten und Abnehmer gefordert.

1) Schwieder, GemKomm. 1. Aufl. § 5 Anm. 9.

2) Vgl. hierzu das geplante Kronenkorkenkartell, BKA WuW 1966 S. 46, das von einem Rationalisierungsverein aufgestellt wurde.

3) Das Argument einer dadurch begründeten Schwerfälligkeit des Verfahrens wiegt angesichts der ohnehin erforderlichen "Beteiligung" der Lieferanten und unmittelbaren Abnehmer nicht schwer. Im Ergebnis ebenso Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 29; Langen-Böckstiegel, § 5 Rdz. 9.

Die demgegenüber strengere Fassung des § 5 Abs. I S. 3 mit der Notwendigkeit einer Beteiligung läßt erkennen, daß die Stellungnahmen dieser Kreise nicht nur zur Kenntnis genommen werden, sondern sich auch in irgendeiner Weise auswirken müssen. Beteiligung bedeutet also Teilnahme am Entscheidungsprozess, d.h. beim Zustandekommen der Normung.

Für die Art dieser Teilnahme gibt das Gesetz mit dem Wort "angemessen" zu erkennen, daß nicht alle möglicherweise betroffenen Lieferanten und Abnehmer erfaßt werden müssen.

Entscheidend kann danach nur sein, daß die Interessen der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufe berücksichtigt werden können. Dafür ist es ausreichend, wenn die Beteiligten repräsentativ für den Kreis der Lieferanten bzw. Abnehmer sind.¹⁾

Die Angemessenheit bezieht sich ferner auf das bei der Beteiligung zu beachtende Verfahren.

Für die Mitwirkung am Verfahren sind dabei zwei Möglichkeiten denkbar: einmal eine aktive Teilnahme am Aufstellungsvorgang, zum anderen eine bloße Möglichkeit zum Einspruch.²⁾

Der Grundsatz der Verbandsautonomie scheint für die letztere Auslegung zu sprechen.

Ob damit aber eine hinreichende Möglichkeit zur Interessenswahrung der anderen Beteiligten gegeben ist, erscheint zweifelhaft. Da über die Einsprüche letztlich doch immer ein Verbandsorgan entscheiden müßte, das sich dann notwendigerweise nur aus den Interessenten der aufstellenden Unternehmen zusammensetzen würde, wäre für die betroffenen anderen Wirtschaftsstufen damit nur ein formaler Erfolg erreicht.

Die Beteiligung erfordert daher eine aktive Teilnahme.

Angemessene Beteiligung bedeutet andererseits nicht notwendig gleichmäßige Beteiligung.

1) Ebenso v. Brunn, GemKomm. § 2 Rdz. 33; Starck, BB 1960 S. 465 ff (465) zu § 2.

2) Nach dem Wortsinn ergeben sich keine Zweifel, daß dies auch eine Beteiligung darstellt.

Wie alle wirtschaftlichen Vorgänge bringt auch die Normung nicht für alle Wirtschaftsstufen gleiche Vorteile. Eine paritätische Beteiligung entgegengesetzter Interessen würde den Entscheidungsvorgang daher unter Umständen ins Unendliche verzögern.

Im Hinblick auf eine angemessene Beteiligung muß es daher ausreichen, wenn der Entscheidungsvorgang nicht derartig gestaltet ist, daß eine Einflußnahme der anderen Wirtschaftsstufen von vornherein (tatsächlich) unmöglich erscheint. Lieferanten und Abnehmern muß daher die Möglichkeit eingeräumt sein, den Entscheidungsvorgang bei einer zu einseitigen Interessenberücksichtigung zumindest zu erschweren.

Erfüllt ein Verband nach seiner Satzung diese Kriterien, so werden die von ihm gefaßten Normungsbeschlüsse mit der Anmeldung beim Bundeskartellamt nach § 9 Abs. I S. 1 wirksam. Da § 5 Abs. I S. 2 nur die Beifügung eines (nicht notwendig unbeteiligten) Rationalisierungsverbandes fordert, ist eine Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes nicht erforderlich.

2.1.5. Freistellung der VDE-Bestimmungen

Die Freistellung der VDE-Bestimmungen vom Kartellverbot scheitert nach diesen Voraussetzungen nur an formalen Mängeln.

Nach dem oben angeführten Normungsbegriff handelt es sich bei VDE-Bestimmungen um Normen und Typen im Sinne des § 5 Abs. I.

Zwar ist der von VDE-Bestimmungen ausgehende Vereinheitlichungseffekt häufig gering, da sie nicht Gegenstände, Materialien und Verhaltensweisen positiv nach bestimmten Gesichtspunkten vereinheitlichen, sondern nur nicht erwünschte Materialien, Gegenstände und Verhaltensweisen für unzulässig erklären.¹⁾ Diese negative Eingrenzung führt zu erheblich geringeren Vereinheitlichungen als die Festlegungen der DIN-Normen.

1) Vgl. oben S. 5 ff und 89 ff.

Dies zeigt sich am Beispiel der Kabel und isolierten Leitungen. Obwohl die diesbezüglichen Bestimmungen dem (positiven) Vereinheitlichungsgedanken am stärksten Rechnung tragen, werden die etwa 30.000 möglichen Typen durch VDE-Bestimmungen auf nur etwa 2.500 Typen beschränkt. ^{1) 2)}

Da VDE-Bestimmungen (insgesamt) die Sicherheit und Funktionsfähigkeit elektrischer Energieanlagen und Verbrauchsgeräte erhöhen, sind sie aber zumindest ebenso volkswirtschaftlich nützlich wie Vereinheitlichungsbestimmungen.

Da das mit der Anwendung der technischen Regelung verfolgte Ziel für den Normenbegriff des § 5 Abs. I unerheblich ist, sind VDE-Bestimmungen danach als Normen im Sinne des § 5 zu bezeichnen.

VDE-Bestimmungen haben auch lediglich technische Verhaltensrichtlinien zum Gegenstand und nicht etwa, wie die DIN-Normen, auch wirtschaftliche oder rechtliche Regelungen. ³⁾

Daß zugleich mit der Beschlußfassung andere nicht unter § 5 fallende Abreden getroffen werden, konnte nicht ermittelt werden. ⁴⁾

Soweit vereinzelte Bestimmungen infolge der in alle Einzelheiten gehenden technischen Anforderungen Auswirkungen auch auf den Preiswettbewerb haben können, berührt die Anwendbarkeit des § 5 nicht.

-
- 1) Auskunft des Fachverbandes Kabel und isolierte Leitungen 30.1.1968; der Umsatz besteht zu 70 % aus nur 60 verschiedenen Typen.
 - 2) Den geringen Vereinheitlichungseffekt durch bloße Normen zeigte das 1. Normungskartell "Eiserne Fässer und Gefäße" WuW 1960 S. 35 f, das mangels Vereinheitlichungseffekt bald auf positive Normen übergang, vgl. WuW/E BKA 455.
 - 3) Vgl. oben S. 5 ff bzw. DIN 820 Bl. 1 Ziff. 4.3.1..
 - 4) Für den Bereich der Kabel und isolierten Leitungen fällt allerdings auf, daß von VDE-Mitgliedern für VDE-widrige Produkte Nicht-Normungszuschläge verlangt werden (z.B. Kunststoffkabel YCY, Preisliste StK 1/68 S. 39 der Firma Kabelmetal). Der gelegentlich geäußerte Verdacht, daß zugleich mit VDE-Bestimmungen Beschlüsse über Produktionsteilungen zumindest bei kleineren Losmengen getroffen werden, konnte nicht überprüft werden.

VDE-Bestimmungen werden jedoch nicht als Kartellbeschlüsse gemäß § 9 Abs. II beim Bundeskartellamt angemeldet.

Mit der bloßen Anmeldung wären sie jedoch vom Kartellverbot freigestellt, wenn der VDE als Rationalisierungsverband im Sinne des § 5 Abs. I S. 3 angesehen werden könnte.

Nach § 2 Ziff. 3 a der Satzung des VDE ist seine Hauptaufgabe, VDE-Bestimmungen, also Normen im Sinne des § 5 Abs. I auszuarbeiten.

VDE-Bestimmungen werden von den Kommissionen aufgestellt und nach Billigung durch den technischen Vorstand vom VDE-Vorstand verabschiedet.

Eine Bestimmung über eine Beteiligung der am Aufstellungsvorgang mitwirkenden Personen enthält die Satzung in § 8 Ziff. 1 im Hinblick auf den Vorstand.

Ob für den Begriff einer satzungsgemässen Aufgabe der Beteiligung an der Durchführung von Normungsaufgaben im Sinne des § 5 ausreichend ist, wenn eine derartige Beteiligung satzungsgemäss nur in der letzten (entscheidenden) Stufe vorgesehen ist, erscheint jedoch zweifelhaft.

Wenn man davon ausgeht, daß eine "angemessene" Beteiligung die (nicht nur rein theoretisch vorstellbare) Chance der in § 5 Abs. I S. 3 erwähnten Beteiligung zur Wahrung ihrer Interessen voraussetzt, so wird man die Beteiligung an einer Stufe, bei der diese von der Stimmenmehrheit der Interessengegner überstimmt werden können, nicht als "angemessene" Beteiligung ansehen können. Die Möglichkeit der Teilnahme am Entscheidungsprozess setzt, wenn schon eine stimmenmässig unterlegene Beteiligung "angemessen" ist, wenigstens die Möglichkeit einer Erschwerung des Zustandekommens von einseitig den anderen Interessen entsprechenden Bestimmungen voraus. Nur eine Beteiligung in allen Stufen des Entscheidungsvorgangs erfüllt das formale Mitspracherecht mit einer gewissen tatsächlichen Gewichtigkeit.

Daraus ergibt sich die weitere Forderung, daß die Beteiligung der betroffenen Lieferanten und Abnehmer in allen Stufen des Entscheidungsvorgangs auch in der Satzung verankert wird.

Das Erfordernis einer satzungsgemässen Beteiligung dieser Interessen soll infolge der zumeist nur unter erschwerten Bedingungen möglichen Satzungsänderung eine wenigstens formale Gewährleistung für eine breite Interessenstreuung geben.

Die Zusammensetzung aller am Zustandekommen der VDE-Bestimmungen beteiligten Stellen müßte daher in die Satzung des VDE aufgenommen werden. ¹⁾

Inhaltlich müßte die Satzung eine angemessene Beteiligung der Lieferanten und Abnehmer vorsehen.

Bezüglich der Zusammensetzung des Vorstandes sieht § 8 Ziff. 1 der Satzung eine Beteiligung von Vertretern der Elektroindustrie, der Elektrizitätswirtschaft, der Technischen Hochschulen und der Behörden vor. ²⁾ Nicht jedoch ist eine Beteiligung der betroffenen Lieferanten (etwa der Verarbeitungsmaterialien, z.B. Kunststoff) oder eine allgemeine Beteiligung der Abnehmer vorgesehen.

Zwar sind die Behördenkreise aus Bundespost und Bundesbahn und die Energieversorgungsunternehmen repräsentative Abnehmer, doch gilt dies nur für ganz bestimmte elektrotechnische Teilbereiche. ³⁾

Die Satzung müßte daher auch insoweit geändert werden, als eine Beteiligung der betroffenen Groß- und Einzelhändler, der Installateure und Letztverbraucher und der betroffenen Lieferanten vorgesehen werden müßte.

Sobald diesen Erfordernissen Rechnung getragen wird, werden VDE-Bestimmungen, soweit sie sich auf die Mitglieder beziehen, mit Anmeldung beim Bundeskartellamt vom grundsätzlichen Kartellverbot freigestellt.

1) Zur Zeit für die Kommissionen VDE oo22/1.64 Ziff. 21.12. für den Technischen Vorstand Geschäftsordnung v. 27.9.1960 § 1.

2) Vgl. oben S. 9 ff.

3) Bundespost: 75 % der Abnahme der Produktion von Fernmeldekabeln; Energieversorgungsunternehmen: 60 % der Starkstromkabeln, 3-4 % der isolierten Leitungen, Auskunft der Kabelpreismeldestelle v. 29.3.1968.

2.2. Normenempfehlungen

Für die Freistellung der Normenempfehlungen vom Empfehlungsverbot ist nach § 38 Abs. III S. 1 einmal erforderlich, daß Gegenstand der Empfehlungen lediglich die einheitliche Anwendung von Normen und Typen ist, darüber hinaus aber daß die Empfehlungen als unverbindlich bezeichnet sind und zu ihrer Durchsetzung kein Druck verwendet wird. Empfehlungen eines Rationalisierungsverbandes bedürfen keiner Anmeldung bei der Kartellbehörde.

Ein sachlicher Grund für diese unterschiedliche Behandlung gegenüber Normenvereinbarungen nach § 5 Abs. I kann einmal in den stärkeren Auswirkungen auf Dritte infolge der weiten Verbreitung der Empfehlungen, zum anderen in der durch einseitige Empfehlungen mehr oder weniger unkontrollierbaren Beeinträchtigungen der Entschließungsfreiheit der Empfehlungsempfänger und in der Möglichkeit einer Umgehung des § 25 Abs. I gesehen werden.¹⁾

Mit diesen weitergehenden Erfordernissen wird die Einseitigkeit der Empfehlungen nochmals hervorgehoben. Die Entschließungsfreiheit der Empfehlungsempfänger soll besonders betont und gegen Druck jeglicher Art geschützt werden.²⁾

2.2.1. Druckanwendung

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, daß Druck zumindest dann vorliegt, wenn dem Betroffenen für den Fall der Nichtbefolgung Nachteile angedroht werden.³⁾

-
- 1) Im Gegensatz zu den Preisempfehlungen sieht Benisch dagegen für Normenempfehlungen für diese weitergehenden Erfordernisse keinen Sinn, B 1956 S. 1035 ff (1036).
 - 2) Henkel, Verbandsempfehlung S. 78; Paul, B 1958 S. 1319 ff (1319); Mayer-Wegelin, GemKomm. Nachtrag 1966 § 38 Rdz. 4.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 37; Frankf.Komm. § 38 Tz. 129; Huber, Empfehlungsverbot S. 129; BKA Briefe v. 8./9.2. und 27./28.3.1962 WuW/E 575 ff (577): Werbemaßnahmen können die Unverbindlichkeit beeinträchtigen.

Dabei wird man nicht schon jede Androhung, die die Entschließungsfreiheit der Adressaten in irgendeiner Weise berührt, als unzulässig ansehen können, sondern damit überhaupt von Druck gesprochen werden kann, eine über das zumutbare Maß hinausgehende Beeinträchtigung verlangen müssen. ¹⁾

In § 25 Abs. I wird als Druck auch das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen erfaßt. Aus dem insoweit vergleichbaren Zweck des § 38 Abs. III S. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. II S. 3 Nr. 2, die Entschließungsfreiheit der Empfehlungsadressaten zu sichern, wird man, zumal sich jede Nichtgewährung von Vorteilen in der Praxis nur schwer von der Zufügung von Nachteilen abgrenzen läßt, auch dies als Druck nach § 38 ansehen müssen. ²⁾

Durch das Merkmal "sonstiger Druck" stellt das Gesetz klar, daß es jeglichen Druck, der geeignet ist, die Entschließungsfreiheit der Empfehlungsadressaten zu beeinträchtigen, erfassen will. Die Art der in Aussicht gestellten Sanktionen zur Durchsetzung der Empfehlungen ist daher gleichgültig.

Als eigenes Druckmittel kommt hier zunächst das Inaussichtstellen von Vorteilen in Betracht, die sich für den einzelnen aus der Normanwendung ergeben (größere Austauschbarkeit, Sicherheit, Verbilligung oder ähnliches). Da dies jedoch gerade der von der Freistellung nach § 38 Abs. III beabsichtigte Effekt ist, kann insoweit kein Druck vorliegen.

Als gesellschaftlicher Druck käme hier etwa die Diskreditierung vor anderen Branchegenossen (etwa durch die Aufnahme in schwarze Listen oder ähnliches) in Betracht.

Da bei Rationalisierungsverbänden der Zweck meist auf die Ausarbeitung von Normen begrenzt ist, sind die eigenen Druck-

1) Vgl. Fn 3) auf S. 175, außerdem Sölter, WuW 1959 S. 729 ff (798); OLG Stuttgart Beschluß v. 17.5.1961 WRP 1961 S. 378 ff (382).

2) Anders Frankf.Komm., § 38 Tz. 129; wie hier Baumbach-Hefermehl, § 38 Rdz. 37; Huber, Empfehlungsverbot S. 129.

mittel gering. Von Bedeutung kann hier in erster Linie der Druck durch Dritte werden.

Nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen liegt eine Drohung auch bei der Ankündigung der Zufügung eines Übels durch einen Dritten vor, auf dessen Willen der Drohende (zumindest) einen Einfluß zu haben vorgibt. ¹⁾

Da in diesem Fall die Entschließungsfreiheit, die durch § 38 Abs. III S. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. II S. 3 Nr. 2 gewahrt werden soll, ebenso wie durch eigene Druckmittel beeinträchtigt wird, ergeben sich gegen die Übernahme dieser strafrechtlichen Grundsätze keine Bedenken. ²⁾

Derartiger fremder Druck kann vor allem von den Mitgliedern des Rationalisierungsverbandes ausgehen, indem diese den Empfehlungsempfängern gegenüber auf Einhaltung der Normen bestehen, indem sie nur genormte Produkte an- bzw. verkaufen. Soweit der Verband dabei seinen Mitgliedern diese Pflichten auferlegt und dies nach außen hin kundtut, könnte man daher einen Druck des Verbandes bejahen.

Als Druckmittel können jedoch nicht diejenigen Maßnahmen gelten, die als Kennzeichen legitimer Marktpflege zulässig sind. ³⁾

Soweit es sich daher im Hinblick auf die Mitgliedspflichten um ein nach § 5 Abs. I erlaubtes Normenkartell handelt, kann die Ausnutzung dieses erlaubten Mittels nicht als unzulässiger Druck angesehen werden. Im Hinblick auf den grundsätzlich erlaubten Zweck wird man dann auch keine unzulässige Mittel-Zweckrelation annehmen können.

1) Schönke-Schröder, Vor § 234 Rdz. 21 mwN.

2) Im Ergebnis übereinstimmend: Frankf.Komm., § 25 Rdz. 19 f; Müller-Giessler, § 25 Rdz. 12.

3) BGH Urteil v. 24.6.1965 "Brotkrieg II" WuW/E 690 ff (694); zustimmend Langen-Böckstiegel, § 25 Rdz. 2.

Dieselbe Erwägung trifft auch für die Ausnutzung eines bestehenden rechtlichen Drucks zu.

Die Grenze eines zulässigen Ausnutzens fremden Drucks ist jedoch bei einer Täuschung über diesen fremden Druck zu ziehen.

Da das Druckmittel in § 38 Abs. III gleichgültig ist, kann Druck auch durch Herstellen oder Ausnutzen einer fehlerhaften Vorstellung der Empfehlungsempfänger über möglichen fremden Druck gesehen werden. ¹⁾

2.2.2. Unverbindlichkeitsvermerk

Nach § 38 Abs. III S. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. II S. 3 Nr. 2 ist weiterhin erforderlich, daß die Empfehlungen ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind.

Sinn des ausdrücklichen Vermerks der Unverbindlichkeit ist, daß der Empfehlungsempfänger nochmals auf seine freie Entscheidungsmöglichkeit hingewiesen wird und damit Versuche der Empfehlenden, auf dem Wege der Empfehlungen eine faktische Bindung zu erzielen, verhindert werden.

Für die DIN-Normen ²⁾ ist das Bundeskartellamt im Anschluß an seine Praxis bei den Preisempfehlungen ³⁾ der Ansicht, daß die Verwendung des Wortes "unverbindlich" nicht nötig sei, vielmehr die Bezeichnung "empfohlen" ausreiche.

-
- 1) Daß das Ausnützen vorhandener Irrtümer ein Mittel der Drohung sein kann, ist allgemein anerkannt, vgl. Schönke-Schröder, Vor § 234 Rdz. 23, 27 mwN.
 - 2) BKA Brief v. 17.5.1967 BB 1967 S. 1059 f.
 - 3) BKA Bekanntmachung Nr. 45/60 BAnz. 1960 Nr. 81 S. 2. Der BGH hat sich in seinen kartellrechtlichen Entscheidungen nie zu einer Gleichsetzung von "unverbindlich" mit "empfohlen" geäußert: vgl. BGH Urteil v. 8.10.1958 "Spar" WuW/E 251 ff; Urteil v. 6.6.1963 "Osco-Parat" WuW/E 536 ff. Eine Gleichsetzung findet sich nur in Entscheidungen zu §§ 1, 3 UWG jeweils in einem obiter dictum: Urteil v. 10.6.1964 WuW/E 629 ff; Urteil v. 5.1.1966 WuW/E 337 ff (471 f); Urteil v. 9.2.1966 WuW/E 746 ff (747 f). Selbst für die Preisempfehlungen erscheint dies angesichts der auch vom BGH (WuW/E 737 ff) anerkannten Möglichkeit der Verwechslung mit unverbindlichen Empfehlungen bedenklich. Da die Ansicht der Verbindlichkeit von Normen, insbesondere des VDE im Bereich der Technik so stark verbreitet ist, würde eine Kennzeichnung als Empfehlung vom oben aufgezeigten Zweck her sinnlos sein.

Dagegen spricht schon der Wortlaut des § 38 Abs. III S. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. II S. 3 Nr. 2.

"Ausdrücklich" ist grammatikalisch das Adjektiv des Wortes "Ausdruck". Ergibt sich die Unverbindlichkeit erst aus weiteren Umständen (etwa: Empfehlungen sind ihrem Wesen nach unverbindlich), so liegt ein konkludenter, aber gerade kein ausdrücklicher Hinweis auf die Unverbindlichkeit vor.

Entscheidend spricht aber der Sinn des Vermerks der Unverbindlichkeit gegen eine Kennzeichnung unter Vermeidung des Ausdruckes "unverbindlich".

Bei einem empfohlenen Verhalten fühlen sich die Empfänger in der Praxis häufig gebunden.¹⁾ Auch ein Teil der juristischen Meinung hält die faktische Bindung auch heute noch als begriffsnotwendiges Element einer Empfehlung.²⁾

Wenn der Unverbindlichkeitsvermerk eine Klarstellung bezweckt, darf er nicht seinerseits gerade wieder zu Unklarheiten bei den Empfehlungsempfängern führen.

Gerade bei den im Bereich der Techniker bestehenden häufigen Unklarheiten³⁾ über die Verbindlichkeit der Normen erscheint diese ausdrückliche Formulierung unverbindlich als unerlässlich.

Für eine Abweichung vom Gesetzeswortlaut besteht auch kein Bedürfnis. Erfolgt die Anwendung der Normenempfehlungen ohnehin, wie z.B. der DNA stets betont, aufgrund der sich aus der Sache ergebenden Vorteile, so kann die im Dienste der Gesamtwirtschaft erwünschte Effektivität der Normenempfehlungen auch durch einen ausdrücklichen Unverbindlichkeitsvermerk nicht gefährdet werden.

Für den Umfang der Kennzeichnung mit dem Unverbindlichkeitsvermerk ist davon auszugehen, daß mit diesem Merkmal die Entscheidungsfreiheit des Empfehlungsempfängers gesichert werden soll.

1) Vgl. BGH Urteil v. 5.1.1966 WuW/E 737 ff (741).

2) Vgl. oben S. 121 ff.

3) Vgl. oben S. 14 ff, insbesondere S. 18 f und 24 f.

Da jede einzelne Norm in der Regel ein abgeschlossenes Gebiet behandelt, der Empfängerkreis für jede einzelne Norm also verschieden sein kann, reicht danach eine generelle einmalige Kennzeichnung (etwa in den allgemeinen Vorbemerkungen zu den Vorschriftenwerken) nicht aus.¹⁾ Jede einzelne Norm muß daher mit dem Vermerk "unverbindlich" versehen werden.²⁾

2.2.3. Empfehlungen eines Rationalisierungsverbandes

Normenempfehlungen eines Rationalisierungsverbandes bedürfen nach § 38 Abs. III S. 4 keiner Anmeldung bei der Kartellbehörde.

Da § 38 Abs. III die Formulierung Rationalisierungsverband verwendet, wird allgemein davon ausgegangen, daß die Anforderungen an dieses Merkmal sich nach den Voraussetzungen des § 5 Abs. I S. 2 richten.³⁾

Nicht erforderlich erscheint also die satzungsgemäße Aufgabe einer angemessenen Beteiligung der unmittelbar betroffenen Wirtschaftsstufe.

Wenngleich dieses Erfordernis nicht ausdrücklich in § 38 Abs. III enthalten ist, muß man jedoch davon ausgehen, daß dies stillschweigend vorausgesetzt wird.

In § 5 Abs. I S. 3 ist die Feststellung dieses Erfordernisses nicht nötig, da es sich insoweit ohnehin nur um eine Vereinbarung von Unternehmen gleichgelagerter Interessen handeln kann, die der Rationalisierungsverband zu begutachten hat.

Normenempfehlungen richten sich darüber hinausgehend an alle Unternehmen gleicher oder gleichartiger Wirtschaftsgüter. Dem größeren Kreis der Adressaten muß aber auch eine breitere Interessenberücksichtigung entsprechen.

-
- 1) Großzügiger: BKA Briefe v. 8./9.2. und 27./28.3.1962 WuW/E 575 ff (577): Hinweis von Zeit zu Zeit.
 - 2) Das BKA weist noch darauf hin, daß nicht wettbewerbsbeschränkende Abreden nicht derartig gekennzeichnet werden müssen (BB 1967 S. 1060). Dies ergibt sich schon daraus, daß derartige Abreden gar nicht unter das Empfehlungsverbot fallen, somit keiner Freistellung nach § 38 Abs. III S. 1 bedürfen.
 - 3) Mayer-Wegelin, GemKomm. Nachtrag 1966 § 38 Rdz. 3; Frankf. Komm., § 38 Tz. 136 m; Langen-Böckstiegel, § 38 Rdz. 26; Rasch-Westrick, § 38 Rdz. 17.

Auch die Entstehungsgeschichte zeigt, daß der Gesetzgeber stillschweigend von dem Erfordernis einer breiten Interessenberücksichtigung der Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe ausgegangen ist. In der Begründung zum Regierungsentwurf ¹⁾ heißt es, daß die Zulassung auch von Normenempfehlungen durch das Interesse der "Gesamtwirtschaft" gerechtfertigt sei. "Gesamtwirtschaft" bezieht aber alle Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe ein.

Ferner geht die Begründung davon aus, daß das Schwergewicht der Normenempfehlungen beim DNA liegen wird. Der DNA hat sich aber die Aufgabe gesetzt, bei der Aufstellung alle betroffenen Kreise, also auch der unmittelbar betroffenen Wirtschaftsstufe, zu berücksichtigen. ²⁾

Die Freistellung der Normenempfehlungen ist eng an die entsprechende Regelung für die Mittelstandsempfehlung nach § 38 Abs. II S. 3 angelehnt.

Die Zulässigkeit von Mittelstandsempfehlungen ist auf solche Empfehlungen beschränkt, die sich an den Kreis der Beteiligten richten. Dabei ist zwar umstritten, ob Empfehlungen nur an Mitglieder des Verbandes gerichtet werden dürfen, oder ob der Kreis der Beteiligten auch Außenseiter umfassen kann. ³⁾ Das Gesetz geht jedenfalls davon aus, daß die Interessen der Adressaten gleichmäßig gewahrt werden.

Die in ähnlicher Weise privilegierten Wettbewerbsregeln setzen voraus, daß sie von Vereinigungen aufgestellt sind, die die gesamten wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen wahrnehmen. ⁴⁾

Entscheidend spricht jedoch der Sinn und Zweck des § 38 Abs. III für die Notwendigkeit einer angemessenen Beteiligung der

1) Begründung zum Reg.Entw. Novelle 1965 zu Art. 1 Nr. 14 zu Abs. 3, abgedruckt GemKomm. Nachtrag 1966 Vor § 38.

2) DIN-820 Bl. 1 Ziff. 3.3..

3) Hierzu ausführlich Henkel, Verbandsempfehlung S. 38 ff.

4) Franzen, GemKomm. § 28 Rdz. 15.

unmittelbar betroffenen Wirtschaftsstufe.

Die Stellungnahme von Rationalisierungsverbänden in § 38 Abs. III S. 2 soll den Kartellbehörden die Aufsicht darüber erleichtern, ob die Normung im Interesse der Gesamtwirtschaft erwünscht ist.¹⁾ Wenn dabei aus verfahrenstechnischen Gründen schon auf den Nachweis einer konkreten Beteiligung verzichtet wird, kann diese Stellungnahme nur dann einen Sinn haben, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, daß alle betroffenen Interessen berücksichtigt worden sind.

Das setzt voraus, daß neben den vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen auch Unternehmen der unmittelbar betroffenen Wirtschaftsstufe repräsentativ vertreten sein müssen.

Als Rationalisierungsverband im Sinne des § 38 Abs. III sind daher in Abweichung zu dem Begriff in § 5 Abs. I S. 3 nur solche Verbände zu rechnen, zu deren satzungsgemässen Aufgaben auch die angemessene Beteiligung der unmittelbar betroffenen Unternehmen gehört.

2.2.4. Freistellung der VDE-Empfehlungen

Zur Zeit werden die zur Freistellung vom Empfehlungsverbot nach § 38 Abs. III erforderlichen Voraussetzungen von den VDE-Bestimmungen nicht erfüllt.

Zwar empfiehlt der VDE mit seinen Bestimmungen lediglich die einheitliche Anwendung von Normen, da den angesprochenen Unternehmen jeweils die gleichen Bestimmungen zur einheitlichen Anwendung empfohlen werden; daß das Vorschriftenwerk dabei für verschiedene Wirtschaftsstufen jeweils verschiedene Verhaltensweisen empfiehlt, ist für die Anwendbarkeit des § 38 Abs. III unerheblich.

1) Begründung zum Reg.Entw. Novelle 1965 zu Art. 1 Nr. 14 zu Abs. 3, abgedruckt GemKomm. Nachtrag 1966 Vor § 38.

Bedenken ergeben sich jedoch bereits hinsichtlich der Frage, ob der VDE gegenüber den Empfehlungsadressaten keinen Druck zur Befolgung der VDE-Bestimmung anwendet.

Wirtschaftlichen Druck könnte der VDE allenfalls mittels seines Gütezeichens "VDE" ausüben.

Eine Beeinflussung der Erwerber dieses Zeichens im Hinblick auf eine Beachtung der VDE-Bestimmungen, abgesehen von der Verpflichtung zur Beachtung der für das Gütezeichen erforderlichen VDE-Bestimmungen, konnte nicht festgestellt werden.

Ob gesellschaftlicher Druck auf Nichtmitglieder ausgeübt wird, erscheint nicht ausgeschlossen. Dafür spricht das Abkommen des VDE mit allen im Bereich der Elektrobranche tätigen Unternehmerverbände, in denen sich die Vertragsmitglieder zur gegenseitigen Unterrichtung über bekannt werdende Verstöße gegen VDE-Bestimmungen verpflichteten.¹⁾

Soweit die Empfehlungsadressaten durch "Aufklärungsaktionen" auf die Vorteile von VDE-Bestimmungen hingewiesen werden, liegt kein Druck vor.

Mit der Verbreitung der VDE-Bestimmungen übt der VDE jedoch rechtlichen Druck aus. Zwar sind VDE-Bestimmungen selbst keine Rechtsnormen, doch wird die im Elektrobereich häufig anzutreffende Vorstellung von einer Rechtsverbindlichkeit bewußt gefördert, zumindest aber sehr wohlwollend geduldet.²⁾

In den einzelnen Bestimmungen wird bewußt eine mögliche Deutung im Hinblick auf eine Unverbindlichkeit der Normen vermieden. Auch hat der VDE selbst einmal die These verbreitet, seine Bestimmungen seien Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. II BGB.³⁾

Diese bewußte Förderung einer weitgehenden Verbindlichkeit, (die allein schon geeignet ist, für den juristischen Laien die Vorstellung einer Rechtsverbindlichkeit hervorzurufen) ist ge-

1) BAnz. 1955 Nr. 160 S. 11.

2) So weist der VDE stets darauf hin, daß die Nichteinhaltung der VDE-Bestimmungen rechtliche Nachteile mit sich bringen kann (vgl. BAnz. 1955 Nr. 160 S. 11), ohne diese näher zu kennzeichnen.

3) BAnz. 1954 Nr. 144 S. 11.

eignet, die Entschließungsfreiheit der Adressaten zu beeinträchtigen. Damit liegt sonstiger Druck im Sinne des § 38 Abs. II S. 3 Nr. 2 vor.

Außerdem wird keine VDE-Bestimmung mit (irgendeinem) Unverbindlichkeitsvermerk gekennzeichnet. Mit einer entsprechenden Kennzeichnung, die auf jeder einzelnen VDE-Bestimmung zu erfolgen hätte, entfielen gleichzeitig der sonstige Druck durch die Aufrechterhaltung der falschen Vorstellung von einer Rechtsverbindlichkeit der VDE-Normen.

Da die Anmeldung von Normenempfehlungen bei der Kartellbehörde nur Auswirkungen für die Zukunft zeigt, schadet es für die Zulässigkeit von Normenempfehlungen nicht, wenn früher Druck ausgeübt wurde, sofern nur sichergestellt ist, daß in Zukunft die Anwendung frei von Druck erfolgt. ¹⁾

Einer Anmeldung bedarf es jedoch dann nicht, wenn der VDE die Merkmale eines Rationalisierungsverbandes im Sinne des § 38 Abs. III erfüllt.

Über die oben bei § 5 aufgezeigten Erfordernisse einer Neugestaltung der Satzung ²⁾ hinaus ist hier eine Änderung der Satzung des VDE insoweit ³⁾ nötig, daß die - ohnehin vorgesehene - angemessene Beteiligung der Unternehmen der unmittelbar betroffenen Wirtschaftsbereiche in allen Entscheidungsvorgängen verankert wird. Die Vornahme der hier angeführten Möglichkeiten zur Legalisierung der VDE-Bestimmungen empfiehlt sich schon deshalb, weil der VDE mit der Herausgabe seiner Bestimmungen zumindest den objektiven Tatbestand von Ordnungswidrigkeiten nach § 38 Abs. I Nr. 1 in Verbindung mit § 1 sowie § 38 Abs. I Nr. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. II S. 2 erfüllt.

1) Mayer-Wegelin, Nachtrag 1966 GemKomm. § 38 Tz. 4; BGH Urteil v. 6.6.1963 WuW/E 536 ff (538).

2) S. 172 f.

3) Vgl. oben S. 180 ff.

3. Mißbrauchsaufsicht

Unter den oben aufgezeigten Voraussetzungen können die Bestimmungen des VDE von den Verboten des GWB freigestellt werden. Damit wird allerdings nur eine grundsätzliche Freistellung erreicht.

Die von den Verbotsnormen des GWB freigestellten VDE-Bestimmungen unterliegen der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde ¹⁾ nach § 12 bzw. § 38 Abs. III S. 5.

3.1. Mißbrauch

Kurz nach dem Inkrafttreten des GWB war streitig, ob bei der Ermittlung des im GWB relevanten Mißbrauchs (auch) auf subjektive Merkmale abzustellen sei. ²⁾ Die Vorsilbe "Miß", die offenbar der Anlaß zu diesem Mißverständnis war, bedeutet jedoch schon nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht notwendig den Vorwurf einer sittenwidrigen oder schuldhaften Handlung.

Das GWB richtet sich nach seinem - wie auch immer gearteten ³⁾ - Zweck im Gegensatz zum UWG nicht gegen sittenwidriges, sondern gegen ein solches Handeln, das im Ergebnis vom Gesetz unerwünscht ist.

Die Vorschriften über die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden ⁴⁾ setzen daher nie eine Form des Verschuldens voraus. ⁵⁾

Eine subjektiv nützliche oder schädliche Einstellung der Beteiligten oder deren Schuld muß daher bei der Ermittlung des hier relevanten Mißbrauchs außer Betracht bleiben. Mißbrauch

1) Da VDE-Bestimmungen im ganzen Bundesgebiet Anwendung finden, ist das Bundeskartellamt nach § 44 I 1 Nr. 1 d zuständig.

2) So Dichgans, WuW 1958 S. 657 ff (658); v.Hahn, BB 1959 S. 1279 ff (1279).

3) Vgl. dazu oben S. 52 ff.

4) §§ 6 III, 12, 17, 18, 20 III, 22, 27, 38 III 5, 102 II, 102 III, 104.

5) Dörinkel weist nach, daß auch unter der Geltung der Kartellverordnung von einem objektiven Mißbrauchsbegriff ausgegangen wurde, WuW 1959 S. 81 ff (82 ff).

im Sinne des GWB bedeutet vielmehr einen objektiv fehlerhaften Gebrauch eines an sich zulässigen Mittels, das dem Sinn und Zweck der einzelnen Vorschrift oder der Zielsetzung des GWB widerspricht. ¹⁾

3.1.1. Mißbrauch der Freistellung von Normenvereinbarungen und Empfehlungen

Der Mißbrauch - also die objektive Zweckwidrigkeit muß sich im Rahmen des § 12 ²⁾ auf die Freistellung vom grundsätzlichen Verbot beziehen.

Voraussetzung des Mißbrauchs ist daher zunächst, daß die Merkmale, die zur Freistellung nach § 5 Abs. I erforderlich sind, ihrem Wortlaut nach erfüllt sind. Soweit die Kartellabsprachen nicht den oben aufgeführten Voraussetzungen des § 5 Abs. I entsprechen, sind diese Vereinbarungen - soweit nicht andere Freistellungsgesichtspunkte in Betracht kommen - ohnehin verboten und die Kartellbehörde kann gegen die Beteiligten nach § 81 vorgehen.

Der Mißbrauch kann sich dabei einmal aus formalen Gesichtspunkten ergeben.

§ 5 Abs. I enthält eine Freistellung vom Kartellverbot, wobei hinsichtlich der Zulässigkeit besonders geringe Anforderungen ge-

-
- 1) Benisch, WuW 1967 S. 131 ff (134); Dörinkel, WuW 1959 S. 82 ff; Langen-Böckstiegel, § 12 Rdz. 2; Müller-Giessler, § 12 Rdz. 2; Rasch-Westrick, § 12 Rdz. 3; BGH Beschluß v. 24.10.1963 "Fensterglas IV" WuW/E 588 ff (591 f); BGH Beschluß v. 27.11.1964 "Zeitgleiche Summenmessung" WuW/E 655 ff (656); BGH Beschluß v. 5.5.1967 "Großgebäude" WuW/E 852 ff (855); KG Beschluß v. 10.7.1962 "Polyesterlichtplatten" WuW/E OLG 478 ff (481); BKA Beschluß v. 13.12.1959 "Röhrenhersteller" WuW/E 119 ff (129); BKA Beschluß v. 1.11.1961 "Thomasphosphat" WuW/E 389 ff (391); dagegen stellt das BKA im Doppelsteckerfall (Brief v. 20.2.1960, WuW/E 145 ff, 149, 152) auch auf die von den beteiligten Zwecke ab. Anklänge daran auch bei BKA Beschluß v. 21.6.1967 "Zigarettenfacheinzelhandel" WuW/E 1139 ff (1142). Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint dies mit dem Mißbrauchs begriff unvereinbar.
- 2) Da sich beim Mißbrauch der Normenempfehlungen keine sachlichen Unterschiede ergeben, kann sich die Darstellung insoweit auf Normenvereinbarungen beschränken.

stellt sind. Soweit aufgrund der tatsächlichen Marktgegebenheiten der Normenvereinbarung die Wirkung eines anderen, nur unter erschwerten Voraussetzungen freistellbaren Kartells zukommt - hier kommt namentlich die Vorschrift des § 5 a in Betracht -, so wäre darin eine objektive Zweckwidrigkeit gegenüber der besonders vereinfachten Freistellung zu sehen. ¹⁾

Materielle Anknüpfungspunkte für einen Mißbrauch der Freistellung der Normenvereinbarung können die in § 5 Abs. I nicht genannten Merkmale der Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen, die verbesserte Befriedigung des Bedarfs und das angemessene Verhältnis zwischen dem Rationalisierungserfolg und der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung sein.

Bei der Regelung des § 5 Abs. I ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß Normenvereinbarungen generell geeignet sind, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit zu erhöhen. Dies ergibt sich einmal aus dem Wortlaut des § 5 Abs. I S. 3, wonach Verbände, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben unter anderem die Aufstellung von Normungsvorhaben gehört, als Rationalisierungsverbände bezeichnet werden; die - wie auch immer gear-tete ²⁾ - Rationalisierung muß sich im Rahmen des § 5, wie sich aus der Formulierung des § 5 Abs. II S. 1 ergibt, auf die Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit beziehen. Die bei der Anmeldung beizufügende Stellungnahme eines derartigen Verbandes und die gesetzestechnische Regelung der Normenvereinbarungen im Rahmen der Rationalisierungskartelle zeigen, daß der

1) Darauf weist Eckstein, Kriterien S. 53 hin.

2) Über diesen Begriff besteht keine Einigkeit, vgl. Nachweise bei Kirschstein-Segelmann, Rationalisierungskartelle S. 10. Die hM geht dabei davon aus, daß Kennzeichen der Rationalisierung die Verbesserung von wirtschaftlichen Vorgängen im Hinblick auf das ökonomische Prinzip ist. Dieser Frage braucht hier deshalb nicht näher nachgegangen zu werden, da der Gesetzgeber selbst durch § 5 II 1 die hier lediglich interessierenden Folgen der Rationalisierung allgemein gekennzeichnet hat. Vgl. Kirschstein-Segelmann, Rationalisierungskartelle S. 12 mwN.

Gesetzgeber diese Merkmale auch bei Normenverträgen und Beschlüssen vorausgesetzt hat. Dies wird durch die Entstehungsgeschichte des § 5 Abs. I bestätigt.

Der erste Regierungsentwurf zum GWB ¹⁾ begründete die Zulassung von Rationalisierungskartellen damit, daß es sich hierbei um wirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen handle, die dazu beitragen würden, die Leistungsfähigkeit und die Leistung zu heben und damit die Wirtschaftskraft zu fördern. Im Anschluß daran schlug der Wirtschaftspolitische Ausschuß ²⁾ vor, im Rahmen dieser Vorschrift Normenvereinbarungen, soweit sie von anerkannten Rationalisierungsverbänden aufgestellt oder zumindest empfohlen waren, generell zuzulassen. Die daraus erkennbare Vorstellung, daß diese Verträge oder Beschlüsse die Leistungsfähigkeit erhöhen, kam in der Begründung zum Regierungsentwurf der Novelle 1965 deutlich zum Ausdruck, wenn der Verzicht auf die Widerspruchsmöglichkeit der Kartellbehörde (vor einem Wirksamwerden dieses Kartells) damit erklärt wird, daß bei Normenvereinbarungen der Rationalisierungserfolg die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung im allgemeinen ausgleiche. ³⁾

Ein Mißbrauch kann daher dann vorliegen, wenn durch die Normenabsprache keine Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen eintritt. ⁴⁾ Die Leistungsfähigkeit bezieht sich dabei auf die Ausbringung der Güter in quantitativer und (oder) qualitativer Hinsicht ⁵⁾, die Wirtschaft-

1) BT-Drucks. I 3642 Anl. 1 S. 1 zu § 3, der die Normenkartelle allerdings noch nicht berücksichtigte.

2) BT-Drucks. II 1158 Anl. 1 zu § 3.

3) BT-Drucks. IV 2564 Anl. 1, B Abschn. III.

4) Soweit - was nach § 12 I Nr. 1 möglich ist - das Einschreiten der Kartellbehörde unmittelbar nach der Anmeldung erfolgt, muß auf die Eignung bzw. Nichteignung abgestellt werden.

5) Die Stellungnahme des Arbeitsausschusses Begriffsbestimmungen (zitiert nach Günther, WuW 1954 S. 449), wonach Leistungsfähigkeit mit Kapazität gleichzusetzen sei, widerspricht dem Sinn des § 5 und dürfte heute als überholt gelten. Wie hier: Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 61; Günther, aaO S. 449; Schwieler, GemKomm. 1. Aufl. § 5 Anm. 16.

lichkeit auf das Verhältnis von Aufwand und Ertrag. ¹⁾

Fraglich erscheint jedoch, ob sich aus dem Verhältnis des Rationalisierungserfolges zu der Wettbewerbsbeschränkung und der verbesserten Bedarfsbefriedigung ein Ansatzpunkt für einen Mißbrauch der Freistellung der Normenvereinbarungen ergeben kann.

Da zur Feststellung des Verhältnisses zwischen Rationalisierungserfolg und der Wettbewerbsbeschränkung sowohl auf die mit dem Kartellvertrag verbundenen Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit der Kartellmitglieder wie auch die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen ²⁾ der Kartellvereinbarung auf dem in Frage kommenden Markt berücksichtigt werden, andererseits die verbesserte Bedarfsbefriedigung voraussetzt, daß die Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der Allgemeinheit ³⁾ zugute kommt, bedeutet dies eine allgemeine gesamtwirtschaftliche ⁴⁾ Abwägung der mit der Normenabsprache verbundenen Vor- und Nachteile. Daß der Zweck des § 5 Abs. I eine derartige Abwägung fordert oder zuläßt, ergibt sich nicht schon aus der Charakterisierung als Rationalisierungskartell. Der Begriff der Rationalisierung in dem in § 5 verwendeten Sinne einer Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen gestattet durchaus die Erzielung betriebswirtschaftlicher Vorteile, die sich für die Gesamtwirtschaft ausschließlich nachteilig auswirken.

Gegen eine derartige Abwägung könnte man anführen, daß in § 5 Abs. I diese Merkmale nicht enthalten sind, während in § 5 Abs. II die Prüfung dieser Kriterien ausdrücklich der Kartellbehörde zugewiesen ist; daraus ließe sich der Schluß ziehen, daß der Ge-

1) Schwieder, GemKomm. 1. Aufl. § 5 Anm. 16; BKA Tätigkeitsbericht 1960, BT-Drucks. III 2734 S. 26; vgl. auch Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 64.

2) BKA Brief v. 7., 12., 14., 15.12.1962 "Textilohnveredler II" WuW/E 569; Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 79.

3) Baumbach-Hefermehl, § 5 Rdz. 12; Deringer, GemKomm. § 5 Rdz. 72; Kirschstein-Segelman, Rationalisierungskartelle S. 20.

4) Mit inbegriffen sind hier Gründe des Gemeinwohls, vgl. oben S. 152 f.

setzgeber selbst und endgültig diese Abwägung vorgenommen hat.¹⁾ Den sachlichen Grund für eine solche, eine nachträgliche Überprüfung durch die Kartellbehörde ausschließende Regelung könnte man darin sehen, daß der Gegenstand des Kartellvertrages in § 5 Abs. I nach bestimmten, näher begrenzten Merkmalen festgelegt ist. Die zur Freistellung erforderliche Abwägung der gesamtwirtschaftlichen Vor- und Nachteile erfolgte hier bereits durch den Gesetzgeber, indem er die Freistellung auf Vereinbarungen beschränkte, deren Inhalt lediglich die einheitliche Normenanwendung sein kann.²⁾

Ferner ist der Gesetzgeber davon ausgegangen³⁾, daß diese Absprachen den Wettbewerb nicht erheblich einschränken; ist dies der Fall, so liegt es nahe, daß der Gesetzgeber annahm, daß der verbleibende Wettbewerb die Kartelle zu einem gesamtwirtschaftlich vorteilhaften Verhalten veranlaßt.⁴⁾

Der Umstand, daß der Gesetzgeber in § 5 Abs. I die Abwägung zwischen Rationalisierungserfolg, Intensität der Wettbewerbsbeschränkung und verbesserter Bedarfsbefriedigung nicht ausdrücklich der Kartellbehörde zugewiesen hat, zwingt indes nicht zu dem Schluß, daß damit eine endgültige Entscheidung über die Zulässigkeit von Normenvereinbarungen getroffen werden sollte. Damit kann auch lediglich der Zweck verfolgt worden sein, das Anmeldeverfahren zu erleichtern, um Normenabsprachen rasch und ohne größere Prüfungskosten wirksam werden zu lassen.

Für eine derartige Auslegung spricht einmal der Wortlaut des § 5 Abs. I S. 3. Die Verbände, deren Stellungnahme der Anmeldung eines Normenkartells beizufügen ist, müssen als satzungsmässige Aufgabe die angemessene Beteiligung der betroffenen Lieferanten und Abnehmer vorsehen. Da diese Stellungnahme dazu dienen soll,

1) So ausdrücklich Deringer, GemKomm. Nachtrag 1966 für die insoweit gleichliegende Frage bei § 5 a (Rdz. 29).

2) Vgl. die entsprechende Argumentation von Deringer, GemKomm. Nachtrag 1966 zu § 5 a Rdz. 29.

3) So ausdrücklich Begründung zum Reg.Entw. Novelle 1965, BT-Drucks. IV 2564 Anl. 1 B Abschn. III zu Art. 1 Nr. 1 im Anschluß an den Kartellbericht, BT-Drucks. IV 617 S. 10 f.

4) Dies zeigt die neue Regelung des § 5 a, die zwar das Fortbestehen eines wesentlichen Wettbewerbs, nicht aber die übrigen Voraussetzungen des § 5 II S. 1, 2. Halbs. S. 2 verlangt.

der Kartellbehörde die Aufsicht über angemeldete Normenkartelle zu erleichtern ¹⁾, läßt sich daraus nur entnehmen, daß im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht die gesamtwirtschaftlichen Vor- und Nachteile Berücksichtigung finden sollen. Das Fortbestehen eines wesentlichen Wettbewerbs allein vermag auch nach der Meinung des Gesetzgebers die Vorteilhaftigkeit für die Interessen der Gesamtwirtschaft nicht zu garantieren; dies zeigt die Begründung des Regierungsentwurfs zu der neuen Regelung des § 5 a, wonach auch bei Bestehenbleiben eines wesentlichen Wettbewerbs die Kartellbehörde die gesamtwirtschaftlichen Folgen im Wege der Mißbrauchsaufsicht zu berücksichtigen habe. ²⁾

Die Entstehungsgeschichte des § 5 Abs. I zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber durchaus erkannt hatte, daß die einer einheitlichen Normenanwendung zugeschriebenen volkswirtschaftlichen Vorteile ³⁾ nicht stets eintreten, sich vielmehr aus derartigen Kartellen auch überwiegend schädliche Folgen für den Wettbewerb ergeben können. ⁴⁾

Ein Ausschluß der Mißbrauchsbefugnisse der Kartellbehörde im Hinblick auf die gesamtwirtschaftliche Wertung einer Normenvereinbarung wäre zudem mit dem Sinn und Zweck der Freistellung

-
- 1) Die Begründung zum Reg.Entw. der Novelle aaO bezog dies zwar nur auf die Anmeldung. Daraus ergibt sich jedoch aus § 12 eine Mißbrauchsaufsicht im Hinblick auf diese Punkte.
 - 2) Begründung zum Reg.Entw. der Novelle 1965, BT-Drucks. IV 2564 Anl. 1 B Abschn. III zu Art. 1 Nr. 1.
 - 3) Verbesserung der Warenqualität durch größere Serien, erhöhte Austauschbarkeit, vereinfachte Reparaturen, verbesserte Ersatzteilbeschaffung, geringe Lagerhaltung der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen, bessere Marktübersicht, Verbiligung; vgl. hierzu ausführlich BT-Drucks. IV 617 S. 11; Eckstein, Kriterien S. 22.
 - 4) Der Wirtschaftspolitische Ausschuß des 2. Bundestages wünschte eine breite Beteiligung verschiedener Interessenkreise, da ansonsten die Gefahr einer Zementierung des Standes der Technik im Interesse des investierten Kapitals bestehe (nach Deringer, WuW 1958 S. 3 ff (9 f)); die Notwendigkeit der Mißbrauchsaufsicht bei Normenempfehlungen wurde mit der möglichen Gefährdung des Wettbewerbs unter Hinweis auf den Kartellbericht begründet (BT-Drucks. IV 2564 Anl. 1 B Abschn. III zu Art. 1 Nr. 14). Im Kartellbericht hatte die Bundesregierung die Gefahren einer Zementierung des Standes der Technik, des bewußten Ausschlusses von Außenseitermodellen und die wirtschaftliche Schädigung der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen hervorgehoben (BT-Drucks. IV 617 S. 11 f).

vom Kartellverbot nicht vereinbar. Die fehlende Mißbrauchsaufsicht liesse - nach erfolgter Anmeldung - die Praktizierung von Normenkartellen zu, die den Beteiligten zwar erhebliche Vorteile, der Gesamtwirtschaft und dem Gemeinwohl jedoch empfindliche Nachteile bringen würden. Eine solche einseitige Begünstigung der Kartellteilnehmer entspricht aber einer Zielsetzung des GWB im Sinne weder des Erreichens eines optimalen Wirtschaftseffektes noch eines Schutzes der Handlungsfreiheit oder des Wettbewerbs als Institution.

Auch im Rahmen des § 5 Abs. I kann daher das Verhältnis des Rationalisierungserfolges zu der erreichten Wettbewerbsbeschränkung und der verbesserten Bedarfsbefriedigung bei der Mißbrauchsaufsicht Bedeutung gewinnen.

Eine verbesserte Befriedigung des Bedarfs durch die einheitliche Anwendung bestimmter Verhaltensrichtlinien in bezug auf die Beschaffenheit von Gütern kann in dem Angebot höherer Leistung zum gleichen Preis, der gleichen Leistung zum niedrigeren Preis, aber auch darin liegen, daß der Bezug des betreffenden Gutes ermöglicht oder verbessert wird.¹⁾ Wenn das Normenkartell nicht geeignet ist, diese Effekte herbeizuführen, also namentlich niedrigere Leistung oder gleiche Leistung zu höherem Preis erbringen wird, liegt ein Mißbrauch der Freistellung vom Kartellverbot vor.

Das Bundeskartellamt und die Rechtsprechung tendieren dahin, schon in einem besonderen Intensitätsgrad der Wettbewerbsbeschränkung einen Mißbrauch zu sehen. Mißbrauch soll insbesondere dann vorliegen, wenn durch die Kartellabsprache der letzte noch

1) Deringer, WuW/E 1958 S. 3 ff (15); BKA, Erlaubn. 27.10.1959 "Steinzeug" WuW/E 79; vgl. auch BKA Einspruchsentscheidung v. 15.3.1966 "Westf. Zementwerke II" WuW/E 1131 ff (1131).

mögliche Wettbewerb ausgeschlossen wird. ¹⁾

Ein solcher Fall wird bei Normenkartellen jedoch wohl nicht praktisch werden, da eine in etwa übereinstimmende Beschaffenheit der Güter dem Erlahmen des Preis-, Rabatt-, Konditionen- oder sonstigen Wettbewerbs vorausgeht. Entsprach die Beschaffenheit der Güter aber schon vor der Kartellierung den vereinbarten Normen, so liegt bereits in der fehlenden Leistungssteigerung der beteiligten Unternehmen ein Mißbrauchstatbestand. ²⁾ Im Hinblick auf die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung bei Normenvereinbarungen kann ein Mißbrauch daher nur dann vorliegen, wenn diese in keinem angemessenen Verhältnis zu dem erzielten Rationalisierungserfolg bei den beteiligten Unternehmen und der Gesamtwirtschaft ³⁾ steht. Zur Feststellung des angemessenen Verhältnisses ist zu berücksichtigen, daß das Gesetz den freien Wettbewerb als das Mittel zur Erzielung des optimalen Wirtschaftseffektes ansieht. ⁴⁾ Die Wettbewerbsbeschränkung muß sich daher stets auf das notwendige und für die Allgemeinheit tragbare Maß beschränken. Der Nachteil der Wettbewerbsminderung muß also in jedem Fall von volkswirtschaftlichen Vorteilen aufgewogen werden. Eine geringfügige Wettbewerbsbeschränkung kann danach zwar auch durch geringe gesamtwirtschaftliche Vorteile gerechtfertigt sein, eine intensive Beschränkung des Wettbewerbs jedoch nur dann als zulässig erachtet werden, wenn ein für das Ganze lebenswichtiger Rationalisierungserfolg auf andere Weise nicht zu erreichen ist.

1) BKA Beschluß v. 4.8.1958 "Tapeten" WuW/E 11 ff (11); Beschluß v. 23.4.1959 "Öfen" WuW/E 41; Beschluß v. 12.12.1959 "Röhrenhersteller" WuW/E 119 ff (126); Beschluß v. 7.3.1960 "Fenster-glas" WuW/E 188 ff (189); Beschluß v. 12.11.1962 "Röhrenhersteller II" WuW/E 538 ff (544). Für die Möglichkeit des Mißbrauchs BGH: Beschluß v. 24.10.1963 "Fensterglas IV" WuW/E 588 ff (581); Beschluß v. 5.2.1968 "Fensterglas II" WRP 1968 S. 222 ff (224); KG: Beschluß v. 4.5.1962 "Fensterglas III" WuW/E OLG 469 ff (475 f); Beschluß v. 28.12.1966 "Fensterglas V" WuW/E OLG 813 ff (817).

2) Oben S. 186 ff.

3) Die Berücksichtigung der Belange der Gesamtwirtschaft ergibt sich dabei aus der Würdigung der gesamten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, vgl. oben S. 189.

4) Vgl. Begründung zum Reg.Entw., BT-Drucks. II 1158 C zu § 3.

3.1.2. Ansatzpunkte eines Mißbrauchs bei VDE-Bestimmungen

Ein Mißbrauch der Freistellung von Normenvereinbarungen aus dem Gesichtspunkt, daß mit dem Beschluß, einheitlich bestimmte VDE-Bestimmungen anzuwenden, faktisch ein Spezialisierungskartell erreicht wird ¹⁾, hätte zur Voraussetzung, daß damit eine Aufteilung der Produktionsprogramme unter den Beteiligten vorgenommen wird. Dies könnte nur dann der Fall sein, wenn sich bereits im Wettbewerb Qualitätsklassen gebildet haben und jeder der Kartellbeteiligten nur Waren einer bestimmten Qualitätsstufe herstellte. ²⁾ Bei der großen Anzahl der Mitglieder des VDE ³⁾ ist eine derartige Sachlage jedoch nicht vorstellbar, so daß ein Mißbrauch aus diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht kommt.

Die bei einer einheitlichen Normenanwendung in der Literatur aufgezeigten Rationalisierungserfolge wie die Auflage größerer Serien und damit die Verringerung der Stückkosten, verringerte Fertigungszeiten durch Wegfall oder Verringerung von Leerlauf- und Umstellzeiten, Verbilligung der Lagerhaltung, verbesserte Warenqualität durch verbesserte Einarbeitung der Arbeiter ⁴⁾ gehen von dem betriebswirtschaftlich-technischen Normenbegriff aus, der durch das Streben nach Verringerung und Vereinheitlichung des Warenangebots gekennzeichnet ist. ⁵⁾

Die die Merkmale des Normenbegriffs des § 5 Abs. I erfüllenden VDE-Bestimmungen werden diese Vorteile der Beschränkung auf bestimmte, dadurch vergrößerte Serien grundsätzlich nicht herbeiführen, da sie - jedenfalls in der Regel ⁶⁾ - die Verhaltensrichtlinien nur im Hinblick auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit elektrischer Geräte und Anlagen festlegen und damit erst die

1) Dazu oben S. 186.

2) Eckstein, Kriterien S. 53.

3) Dazu oben S. 4.

4) Dazu Eckstein, Kriterien S. 21 f mwN.

5) Vgl. oben S. 157 ff.

6) Vgl. oben S. 5 ff und 90 ff.

Voraussetzung für eine Normung im herkömmlichen Sinne schaffen. Dies zeigt sich deutlich bei den VDE-Bestimmungen über Kabel und isolierte Leitungen, die am stärksten dem Rationalisierungsgedanken im Sinne der Vereinheitlichung und Typenbeschränkung Rechnung tragen. Den 60 verschiedenen Typen, die 70 % des gesamten Umsatzes ausmachen, stehen 2.500 Typen gegenüber, die nach den VDE-Bestimmungen zulässig sind.¹⁾

Die Erhöhung der Leistungsfähigkeit kann bei VDE-Bestimmungen jedoch häufig darin liegen, daß auf diese Weise erst die Produkte einen gewissen Sicherheits- und Funktionsgrad erreichen; da die nachfolgenden Wirtschaftsstufen auf der Einhaltung der VDE-Bestimmungen bestehen, kann damit die Voraussetzung für einen gesicherten Absatz geschaffen werden. Zumindest wird eine Hebung der Wirtschaftlichkeit stets darin liegen, daß Fehlinvestitionen²⁾ vermieden werden.

Entscheidender Anknüpfungspunkt eines möglichen Mißbrauchs bei VDE-Bestimmungen kann vielmehr nur das Verhältnis des Rationalisierungserfolges zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung und der verbesserten Bedarfsbefriedigung sein.

Die verbesserte Bedarfsbefriedigung durch die Anwendung von Normen (im technisch-betriebswirtschaftlichen Sinn) wird allgemein in einer Preissenkung gesehen, die sich aus den verringerten Stückkosten ergebe; der verbleibende Wettbewerb zwingt die Unternehmen dann, die verringerten Kosten dem Verbraucher in Form von Preisvorteilen weiter zu geben. Zumindest werde durch die Normanwendung eine erhöhte Austauschbarkeit der Teile erreicht, was auch im Interesse des Verbrauchers liege.³⁾

Diese Gesichtspunkte kommen für die VDE-Bestimmungen infolge ihres geringen Vereinheitlichungseffektes jedoch kaum zur Geltung; die verbesserte Befriedigung des Bedarfs kann hier, ent-

1) Auskunft des Fachverbandes Kabel u. isolierte Leitungen v. 30.1.1968.

2) Dies wurde vom BKA im Beschluß v. 21.3.1960 "Basaltunion" WuW/E 162 und Beschluß v. 25.4.1960 "Nordbayer. Basaltunion" WuW/E 191 als Rationalisierungserfolg angesehen.

3) Kartellbericht, BT-Drucks. IV 617 S. 11; Deringer, WuW 1957 S. 3 ff (10) und GemKomm. § 5 Rdz. 20; Müller-Gries, § 5 Anm. 3 f.

sprechend dem Zweck ¹⁾ der VDE-Bestimmungen nur in der Erzielung sicherer und funktionsfähiger Geräte und Anlagen im Elektrobereich liegen. Hier zeigt sich indes ein wichtiger Unterschied zu den bisher im Rahmen des § 5 Abs. I untersuchten Normen. Während man bei Vereinheitlichungsbestimmungen generell davon ausgehen kann, daß zumindest eines der oben aufgezeigten Merkmale einer verbesserten Bedarfsbefriedigung eintreten wird ²⁾, besteht bei VDE-Bestimmungen nicht unbedingt die Vermutung, daß sie in jedem Fall die Sicherheit oder Funktionsfähigkeit elektrischer Anlagen und Geräte erhöhen.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts, VDE-Bestimmungen seien generell als Sicherheitsvorkehrungen ungeeignet ³⁾, wird in dieser Allgemeinheit sicher nicht haltbar sein; bei einzelnen Bestimmungen bestehen aber wohl zu Recht Bedenken, ob sie eine Erhöhung der Sicherheit oder Funktionsfähigkeit mit sich bringen. Die Bedenken können dabei von Anfang an bestanden haben, werden zumeist aber erst mit der Weiterentwicklung der Technik, der in den Bestimmungen dann nicht Rechnung getragen wurde, entstanden sein. ⁴⁾

So wird in der Elektroindustrie offen zugegeben, daß das heute vom VDE zugelassene Schuco-Steckersystem Gefahren für die Sicherheit mit sich bringen kann und es im Hinblick auf die Sicherheit inzwischen wesentlich bessere und auch billigere Systeme gibt.

Bezüglich der verbotenen Doppelstecker wird häufig mit beachtlichen Argumenten eine Erhöhung der Sicherheit durch das Verbot bestritten, ja sogar eine verstärkte Gefahr angenommen. ⁵⁾

1) Vgl. oben S. 5 ff.

2) Eckstein, Kriterien S. 23 ff weist jedoch nach, daß nicht alle den Normen üblicherweise zugeschriebenen positiven betriebswirtschaftlichen Vorteile stets eintreten.

3) RG Urteil v. 29.4.1935 JW 1935 S. 2196.

4) Die Mißbrauchsaufsicht erstreckt sich insoweit daher auch auf die unterlassene Normung, da VDE-Bestimmungen grundsätzlich alle Bereiche der Erzeugung, Weiterleitung und des Verbrauchs elektrischer Energie erfassen, vgl. oben S. 5 ff.

5) v.Renthe-Fink, WuW 1960 S. 254 ff; Wolf, FAZ 12.1.1960 S. 7, zit. nach v.Renthe-Fink aaO.

In den Jahren 1954-1964 ereigneten sich in Bayern mindestens 30 tödliche Stromunfälle, die durch den in VDE-Bestimmungen vorgeschriebenen Schutzleiter verursacht wurden; hätte der Schutzleiter gefehlt, so wäre nichts passiert. ¹⁾

Die gegenüber herkömmlichen Schutzleitern neuerdings vorgesehene FI-Nullung, die angeblich die Gefahren der bisherigen Konstruktion vermeiden soll, hätte diese Unfälle ebenfalls verursacht. ¹⁾

Im Hinblick auf seine ungünstigen Eigenschaften bei Bränden hat sich gezeigt, daß das von den VDE-Bestimmungen vorgesehene Isoliermaterial Polyvinylchlorid (PVC) im Bereich der Elektrizität denkbar ungeeignet ist. ²⁾

In all diesen Fällen trat durch die VDE-Bestimmungen weder eine Erhöhung der Sicherheit noch der Funktionsfähigkeit elektrischer Anlagen ein; allein diese Beispiele zeigen, daß dem Erfordernis einer verbesserten Verbraucherversorgung im Rahmen der VDE-Bestimmungen nicht stets Rechnung getragen wird.

Wie oben nachgewiesen wurde ³⁾, erfolgt die Aufstellung neuer, beziehungsweise Abänderung bestehender VDE-Bestimmungen unter überwiegendem Einfluß der marktmächtigen Unternehmen der Elektroindustrie, wobei diesen in bezug auf den Regelungsgegenstand und die Art seiner Regelung freies Ermessen zusteht.

Es besteht daher die Gefahr, daß der Zweck der VDE-Bestimmungen, den Qualitätswettbewerb zu beschränken ⁴⁾, zu gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten wettbewerbsbeschränkenden Folgen führt.

Diese Gefahr einer einseitigen Interessenberücksichtigung zu Lasten der Gesamtwirtschaft besteht einmal für die vor- und nach-

1) Lauerer, Elektrizitätswirtschaft 1967 S. 657 ff.

2) Vgl. oben S. 93.

3) Oben S. 9 ff und 14 ff.

4) Oben S. 5 ff.

gelagerten Wirtschaftsstufen. So beeinflussen die Bestimmungen über Kabel und isolierte Leitungen nicht nur die Lieferanten des Isoliermaterials ¹⁾ - die Zulassung von PVC hatte eine nahezu völlige Aufgabe der Verwendung von Gummi als Isolierhülle zur Folge -, sondern auch alle Abnehmer, die Kabel zur Weiterverarbeitung benützen.

Entscheidend wird jedoch der Qualitätswettbewerb unter den Unternehmen der unmittelbar betroffenen Wirtschaftsstufe eingeengt.

Eine unverhältnismässige Beschränkung durch die Festlegungen der VDE-Bestimmungen kann sich dabei einmal auf die horizontale und vertikale Produktvariation beziehen. ²⁾

In tatsächlicher Hinsicht kann sich eine derartige Einengung daraus ergeben, daß die vorgeschriebene Fertigung VDE-gemässer Ausgestaltungen ein bestimmtes Produktionsverfahren und den Einsatz von Spezialmaschinen erforderlich macht. Die hierfür erforderliche Produktionsumstellung und der damit verbundene Kapitalaufwand kann dann nur größeren, finanzkräftigen Unternehmen möglich sein. ³⁾

In rechtlicher Hinsicht kann eine Produktion bestimmter Güter bestimmten Unternehmen dadurch vorbehalten werden, daß in den VDE-Bestimmungen die Einhaltung von Verfahren vorgeschrieben wird, für die gewerbliche Schutzrechte bestehen. ⁴⁾ Hier gewinnt der Umstand an Bedeutung, daß z.B. der Anteil der fünf größten Unternehmen an den bis zum 30.4.1962 in Kraft befindlichen In-

1) Ob die Teilnahme eines Vertreters der Fa. BASF in der Kommission 0100 (22 Mitglieder) eine hinreichende Berücksichtigung der Interessen der vorgelagerten Wirtschaftsstufen darstellt, kann hier nicht beurteilt werden.

2) Dazu oben S. 90 ff.

3) Zu den betriebswirtschaftlichen Kostenfragen ausführlich Mortsiefer, Vereinheitlichung S. 186 ff.

4) Kronstein, Recht S. 205 weist darauf hin, daß im internationalen Elektromarkt Marktregelungen durch Patente häufig erreicht werden.

länderpatenten in der Patentklasse Elektrotechnik 49,4 % betrug.¹⁾ Wenngleich in VDE 0023/3.66 neuerdings bestimmt ist, daß eine derartige Bezugnahme nur dann erfolgen darf, wenn der Inhaber der Schutzrechte sich zur Vergabe von Lizenzen bereit erklärt²⁾, bleiben dann noch die für die Lizenz aufzuwendenden Kosten als wettbewerbsbeschränkender Faktor.

Die Gefahr einer übermäßigen Wettbewerbsbeschränkung liegt bei VDE-Bestimmungen jedoch in erster Linie im Bereich des innovatorischen Wettbewerbs.³⁾

Die Bedeutung gerade dieser Art des Wettbewerbs zeigt sich darin, daß in den letzten Jahren nahezu alle größeren Anstrengungen auf dem Gebiet der Produktkonkurrenz in Form von Innovationen unternommen wurden.⁴⁾

In der Literatur werden zwar teilweise Wettbewerbsbeschränkungen durch einheitliche Normenanwendung als Voraussetzung des technischen Fortschritts und damit des innovatorischen Produktwettbewerbs bezeichnet⁵⁾; dagegen läßt sich einwenden, daß zumindest dann, wenn die Normen von marktstarken Unternehmen aufgestellt werden, eine erhebliche Gefahr einer Fortschritts hemmung besteht. Empirische Untersuchungen zeigen, daß der technische Fortschritt häufig gerade nicht von marktmächtigen Unternehmen verbreitet wird. Trotz der Möglichkeit, den Totalgewinn zu erhöhen, führen diese Unternehmen technische Neuerungen bisweilen nicht nur nicht durch, sondern verhindern sogar deren Verwirklichung durch Außenseiter.⁶⁾ Im Elektrobereich zeigt sich das allgemein daran, daß Neuheiten wie neue Beleuchtungsarten, drahtlose Telegrafie, Rundfunk und Fernsehen nicht von

-
- 1) Konzentrationsenquete, BT-Drucks. IV 2330, Anlageband, Tab. III S. 786.
 - 2) VDE 0023/3.66 Ziff. 3.1.1.2..
 - 3) Vgl. oben S. 7 ff, 93 ff und 106 ff.
 - 4) Schulz, Fortschritt S. 134.
 - 5) Gabotz, Vereinheitlichung S. 209.
 - 6) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre S. 101; Mortsiefer, Vereinheitlichung S. 32.

größeren Unternehmen, sondern von Außenseitern auf den Markt gebracht und entwickelt ¹⁾ wurden. Eine Beschränkung des möglichen innovatorischen Qualitätswettbewerbs ergibt sich bei zahlreichen VDE-Bestimmungen allein daraus, daß der Gegenstand neuer Regelungen nahezu bis zu der Verabschiedung einer Bestimmung nur den Kommissionsmitgliedsunternehmen bekannt ist; aus dieser Geheimhaltung werden sich vielfach Fehlinvestitionen der nicht beteiligten Unternehmen, zumindest aber nicht gerechtfertigte Verzögerungen im Hinblick auf das Güterangebot entsprechend der neuen Regelung ergeben.

Der Wettbewerbsvorsprung der an der Aufstellung beteiligten Unternehmen zeigte sich zum Beispiel daran, daß die Firma Siemens ²⁾ auf der Hannover-Messe 1966 bestimmte neue Kabelsorten unter Hinweis auf die in Kürze zu erwartende Verabschiedung entsprechender VDE-Bestimmungen bereits in Produktionsreife vorstellte. ³⁾

Eine unverhältnismässige Beschränkung des Innovationswettbewerbs zeigte sich bei den Öldruckkabeln, die - um 1930 zur Serienreife entwickelt - erst 1966 von den VDE-Bestimmungen als zulässig erklärt wurden. ⁴⁾

Weder die Sicherheit noch die Funktionsfähigkeit können der Anlaß für die Unzulässigkeit der anscheinend von Außenseitern propagierten neuen Schaltersteckdosen sein, die nicht mit Schrauben, sondern mit einfachen Steckkontakten in der Wand zu befestigen sind. ⁵⁾

Das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung durch VDE-Bestimmungen kann dadurch intensiviert werden, daß die Minderung des Qualitäts- zugleich eine Beschränkung des Preiswettbewerbs nach sich

1) Schulz, Fortschritt S. 88 f.

2) Zur Mitgliedschaft in der entsprechenden Kommission oben S. 10.

3) Wanser, Elektrizitätswirtschaft 1966 H. 13 (Sonderdruck S. 2).

4) Vgl. oben S. 93.

5) Dazu oben S. 93 mit weiteren Beispielen.

zieht.

Da der Preis eines Gutes entscheidend (auch) von der Zahl und der Bedeutung derjenigen Merkmale abhängt, die von der genormten Vereinbarung erfaßt werden, läßt sich durch die erhöhte Gleichartigkeit der Produkte ein preispolitisches Parallelverhalten unter den Anbietern erzielen.¹⁾

Dieses von Produktbeschaffenheit vorgegebene Parallelverhalten wird durch kollektive Normung weiter dadurch erleichtert, daß sich für die Wettbewerber die Markttransparenz erhöht; eine relativ unvollkommene Markttransparenz ist jedoch - wenigstens nach einem Teil der Meinung - unter Umständen die entscheidende Voraussetzung für den Preiswettbewerb im Oligopol.²⁾

Die Auswirkungen der VDE-Bestimmungen auf den Preiswettbewerb zeigen sich deutlich im Bereich der Kabel und isolierten Leitungen, wo praktisch für alle Produkte von allen Herstellern die gleichen Grundpreise gefordert werden.³⁾

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, daß VDE-Bestimmungen zwar häufig erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen, denen keine gesamtwirtschaftlichen Vorteile gegenüberstehen. Da die Verbesserung der Verbraucherversorgung durch VDE-Bestimmungen im wesentlichen nur durch eine Erhöhung der Sicherheit der Funktionsfähigkeit elektrischer Güter erreicht werden kann und diese Voraussetzung daher in jedem einzelnen Fall vorliegen muß, kann sich häufiger als bei den in der kartellrechtlichen Diskussion bisher erörterten DIN-Normen ein im Rahmen des § 12 bzw. § 38 Abs. III Satz 5 relevanter Mißbrauch aus der gesamtwirtschaftlichen Schädlichkeit von VDE-Bestimmungen ergeben.

1) Dazu ausführlich Eckstein, Kriterien S. 54, 62 ff.

2) Philips, WuW 1964 S. 205 ff (205); Schmidt, WuW 1963 S. 97 ff mit Nachweisen zum Meinungsstreit.

3) Auskunft der Preismeldestelle v. 29.3.1968; vgl. auch Wurm-bach, Elektrizitätswirtschaft 1966 S. 725 ff; für die Beschränkung des Preiswettbewerbs ist allerdings wohl auch das Open-price-System verantwortlich.

Keinerlei gesamtwirtschaftliche Vorteile bringt die mitunter zu erheblichen Beschränkungen des Innovationswettbewerbs führende strikte Geheimhaltung der Beratungen über geplante neue VDE-Bestimmungen mit sich; der hier generell vorliegende Mißbrauch ergibt sich dabei aus der Handhabung der entsprechenden früheren VDE-Bestimmung.¹⁾ In den übrigen Fällen bedarf die Feststellung eines Mißbrauchs der hier nicht endgültig zu treffenden Entscheidung, ob und in welchem Ausmaß die Sicherheit oder Funktionsfähigkeit erhöht wird.

3.2. Möglichkeiten der Kartellbehörde

Im Hinblick auf die inhaltliche Gestaltung von Normenvereinbarungen hat die Kartellbehörde in den oben aufgezeigten²⁾ Fällen des Mißbrauchs nach § 12 Abs. II die Befugnis, den Kartellbeteiligten aufzugeben, die Vereinbarung entsprechend abzuändern, beziehungsweise den Vertrag oder Beschluß für unwirksam zu erklären. Nach dem auch hier anzuwendenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels hat die Kartellbehörde dabei zunächst die mildere Möglichkeit zu wählen.³⁾

Die Befugnisse der Kartellbehörde in bezug auf Normenempfehlungen sind der Mißbrauchsaufsicht über Preisbindungen nach § 17 nachgebildet. Bei inhaltlich mißbräuchlich gestalteten Empfehlungen können diese als unzulässig erklärt und außerdem neue, gleichartige Empfehlungen verboten werden.⁴⁾ Da VDE-Bestimmun-

1) Da VDE-Bestimmungen alle Bereiche der Erzeugung, Weiterleitung und des Verbrauchs elektrischer Energie erfassen, läßt sich die unterlassene oder verspätete Neuregelung als (mißbräuchliche) Lücke der bestehenden Bestimmungen auffassen.

2) S. 186 ff.

3) Allgemeine Meinung, vgl. Dörinkel, GemKomm. § 12 Rdz. 21; so schon zur KartVO: Callmann, Kartellrecht § 4 Anm. 16.

4) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheint auch hier dafür zu sprechen, zunächst eine Abänderung der Empfehlung zu verlangen; dagegen spricht jedoch nicht nur die von § 12 und § 17 abweichende redaktionelle Gestaltung; bei Normenempfehlungen, die unverbindlich sind, besteht die Gefahr, daß, wenn sich die Angesprochenen zu einer Befolgung entschlossen haben, auch nach dem Verbot der Empfehlung nachkommen werden; das hieraus resultierende Bedürfnis nach einem besonders raschen Einschreiten zwingt zu dem Schluß, daß hier sofort auf Unzulässigkeit erkannt wird.

gen den Mitgliedern des VDE gegenüber als Normenbeschlüsse und gegenüber den übrigen in der Elektrotechnik Tätigen als Normenempfehlungen anzusehen sind, kann das Bundeskartellamt die Abänderung des mißbräuchlichen Inhalts einzelner Bestimmungen verlangen, diese als Beschlüsse unwirksam und als Empfehlungen unzulässig erklären und dem VDE verbieten, neue, gleichartige Bestimmungen zu empfehlen.

Zur Feststellung des Mißbrauchs kann die Kartellbehörde von den Beteiligten nach § 46 Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse verlangen und die geschäftlichen Unterlagen einsehen. Diese weite Fassung des Auskunftsthemas läßt es - soweit es für eine Verwaltungsverfügung notwendig ist - zu, daß nicht nur nach dem Verhalten des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung im Wettbewerb, sondern auch nach der inneren Struktur im weitesten Sinne gefragt wird. ¹⁾

Der VDE muß danach auf Verlangen vor allem seine innere Organisation, insbesondere die Art des Zustandekommens der Bestimmungen im Einzelfalle bekanntgeben.

Von den am VDE und in erster Linie von den an den Kommissionen beteiligten Unternehmen ²⁾ kann das Bundeskartellamt Auskunft darüber verlangen, inwieweit durch die einzelne Bestimmung die Sicherheit oder Funktionsfähigkeit elektrischer Güter erhöht, beziehungsweise die Leistungsfähigkeit des Unternehmens verbessert wird.

Anlaß derartiger Auskunftsverlangen darf zwar nicht eine allgemeine Wirtschaftsenquete sein; vielmehr ist eine konkrete Bezugnahme auf eine bestimmte Mißbrauchsuntersuchung nötig. Im Hin-

1) Junge, GemKomm. § 46 Rdz. 11.

2) Zwar sind die Unternehmen an den Kommissionen formal-juristisch nicht beteiligt. Formal nehmen die von ihnen entsandten Personen als besonders qualifizierte Privatpersonen teil. Es ist jedoch ein offenes Geheimnis, daß jene Mitarbeiter der Unternehmen, die ausschließlich von ihren Unternehmen bezahlt werden, die Interessen ihrer Arbeitgeber wahrnehmen. Insofern erscheint es gerechtfertigt, im folgenden als von "den an den Kommissionen beteiligten Unternehmen" zu sprechen.

blick auf die weitestgehende Beachtung der VDE-Bestimmungen und den Umstand, daß diese unter überwiegender Beteiligung marktmächtiger Unternehmen der unmittelbar betroffenen Wirtschaftsstufe aufgestellt werden, könnte das Bundeskartellamt Untersuchungen in bezug auf alle VDE-Bestimmungen anstellen.

Dieses für alle Beteiligten umständliche Verfahren könnte dadurch erleichtert werden, daß der VDE freiwillig die zur Überprüfung eines dem GWB entsprechenden Gebrauchs der Freistellung vom Kartellverbot erforderlichen Gesichtspunkte bekannt gibt, also insbesondere die an der Aufstellung beteiligten Unternehmen, die Auswirkungen der einzelnen Regelungen auf die vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen und eine kurze Begründung dafür abgibt, weshalb gerade in dieser (und nicht in einer anderen möglichen) Regelung eine Erhöhung der Sicherheit oder Funktionsfähigkeit elektrischer Güter liegt.¹⁾

4. Ergebnis

Die Untersuchung hat ergeben, daß der VDE mit der Herausgabe seines Vorschriftenwerks zwei kartellrechtliche Verbotstatbestände erfüllt.

Zwar wird die Gründungsvereinbarung mit der Satzungsbestimmung, überhaupt Bestimmungen mit bestimmten Verhaltensrichtlinien für den gesamten Elektrobereich aufzustellen, nicht von den Normen des GWB erfaßt. Mit den einzelnen VDE-Bestimmungen werden jedoch - soweit sich diese an die Mitglieder des VDE wenden - zumeist die Merkmale eines Kartellbeschlusses im Sinne des § 1 erfüllt. Wenngleich diese vom Vorstand beschlossenen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensrichtlinien für die Mitgliedsunternehmen keine rechtlichen Verpflichtungen begründen, liegt in diesen Fällen ein Beschluß vor, da im Rahmen des § 1 die hier vorliegenden gesellschaftlichen Durchführungspflichten als ausreichend anzusehen sind.

1) Vgl. auch den ähnlichen Vorschlag von Eckstein, Kriterien S. 85.

Darüber hinaus wendet sich der VDE mit seinen Bestimmungen an alle in der Elektrotechnik Tätigen - also auch an Nichtmitgliedsunternehmen -, denen die Beachtung dieser Vorschriften empfohlen wird. Damit ist in vielen Fällen zugleich der Empfehlungstatbestand verwirklicht. Dabei kann entgegen der bisher herrschenden Meinung nicht die Anwendbarkeit des GWB und damit der Verbote der §§ 1, 38 Abs. I Ziff. 1, 38 Abs. II Satz 2 auf die Bestimmungen des VDE ausgeschlossen werden, weil diese angeblich nur der menschlichen Sicherheit dienen; das GWB berücksichtigt auch diese Gesichtspunkte und hat insoweit eine abschließende Regelung getroffen.

VDE-Bestimmungen können jedoch generell als Normen von den Verboten des GWB freigestellt werden, da im Gegensatz zum technisch-betriebswirtschaftlichen der Normenbegriff des GWB auch technische Regeln umfaßt, die nicht der Vereinheitlichung dienen.

Soweit sich VDE-Bestimmungen als - gesellschaftlich - verpflichtende Vereinsbeschlüsse an Mitgliedsunternehmen wenden, müssen sie beim Bundeskartellamt angemeldet werden; der Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes bedarf es nicht, wenn der VDE bestimmte Satzungsänderungen vornimmt.

Soweit VDE-Bestimmungen mit dem Anspruch auf allgemeine Beachtung aufgestellt werden, ist zwar keine - zusätzliche - Anmeldung, in erster Linie aber ein ausdrücklicher Unverbindlichkeitsvermerk und der Verzicht auf irgendeine Druckanwendung gegenüber Nichtmitgliedern zur Anwendung der Bestimmungen erforderlich.

Angesichts der nahezu allgemeinen Beachtung seiner Bestimmungen bedarf der VDE einer intensiven Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde. Diese Forderung ergibt sich daraus, daß VDE-Bestimmungen nur geringe positive Vereinheitlichungseffekte zeigen, die verbesserte Versorgung der Verbraucher - entscheidende Voraussetzung für die Freistellung von Normenvereinbarungen und Empfehlungen - also in einer Erhöhung der Sicherheit oder Funktionsfähigkeit elektrischer Güter liegen muß. Die sich allein aus der Verständigung über bestimmte Grundvoraussetzun-

gen ergebende Verbesserung der Verbraucherversorgung wird dabei in der Regel nicht ausreichen, um die mit der Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Nachteile auszugleichen; ein angemessenes Verhältnis zu den mit der Normenempfehlung oder Vereinbarung verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Folgen setzt zumindest voraus, daß die einzelne Regelung für sich eine Verbesserung der Sicherheit oder Funktionsfähigkeit mit sich bringt.

Die Mitgliederstruktur der am Aufstellungsvorgang der VDE-Bestimmungen beteiligten Unternehmen ¹⁾ vermag ein derart angemessenes Verhältnis zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und einer verbesserten Sicherheit oder Funktionsfähigkeit elektrischer Güter nicht zu gewährleisten.

Zwar wird man davon ausgehen können, daß durch die Beteiligung von Energieversorgungsunternehmen, der Feuerversicherung und des Bayer. Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge ²⁾ die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß unter Verfolgung marktstrategischer Zwecke Vorschriften erlassen werden, die der Sicherheit oder Funktionsfähigkeit entgegenstehen. Daß diese mögliche Verbesserung aber in einem angemessenen Verhältnis zu der damit bewirkten Wettbewerbsbeschränkung steht, kann nur in den Bereichen angenommen werden, in denen beim Aufstellungsvorgang repräsentativ - im wesentlichen - alle Unternehmen der unmittelbar und der mittelbar betroffenen Wirtschaftsstufen beteiligt sind. Beim VDE ist dies aber - soweit feststellbar - nur bei den Bestimmungen für Kabel und isolierte Leitungen durchgeführt. An der entscheidenden Kommissionsarbeit nehmen nicht nur nahezu alle Produzenten, sondern auch die bedeutsamen Abnehmer teil, so die Energieversorgungsunternehmen, die 60 % der Kabel- und immerhin 5 % der Leitungsproduktion, die Bundespost, die 75 % der Fernmeldekabel abnehmen, wie auch die für bestimmte Kabel als Abnehmer gewichtige Bundesbahn. Im übrigen

1) Die formale Teilnahme als persönliche Mitglieder ändert nichts daran, daß diese als Vertreter ihrer Unternehmen auftreten.

2) Möglicherweise werden Sicherheitsinteressen auch von den Berufsgenossenschaften gewahrt.

sind in den Kommissionen als Abnehmer nur Installateure vertreten, für die kein Anlaß zu einer besonderen Berücksichtigung wettbewerbspolitischer Gesichtspunkte besteht, da ohnehin nahezu alle Installateure zur Beachtung der wie auch immer gestalteten VDE-Bestimmungen aufgrund ihres Installateurs-Zulassungsvertrages mit den Energieversorgungsunternehmen ¹⁾ verpflichtet sind, sich aus verbraucherfeindlichen Bestimmungen für sie keine Nachteile ergeben können.

Die in dieser Untersuchung festgestellte Einordnung der VDE-Bestimmungen in das GWB bringt für das Bundeskartellamt eine erhebliche Erhöhung des Verwaltungsaufwandes mit sich. Dies ergibt sich in besonderem Maße bei der, angesichts der Vielzahl der VDE-Bestimmungen notwendigerweise umfangreichen Mißbrauchsaufsicht, aber auch schon beim Anmeldeverfahren. Der Anmelde- und Eintragungspflicht unterliegt nach § 9 Abs. IV nicht nur der wesentliche Inhalt der VDE-Bestimmungen, sondern auch deren Abänderung, wozu im Hinblick auf die möglichen Veränderungen der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung ²⁾ dieser Kartellbeschlüsse bereits ein Wechsel der Mitgliedsunternehmen zählt. Die sich daraus ergebende weitgehende - wenn auch nur negative Auswirkungen verhindernde - Einschaltung einer Behörde bietet Anlaß zu einer Überprüfung, ob de lege ferenda die Ausarbeitung elektrotechnischer Vorschriften nicht sinnvoller zu einer staatlichen Aufgabe gemacht werden sollte.

In der Literatur ist dies vorwiegend aus staatsrechtlichen Gesichtspunkten gefordert worden. ³⁾ Die Ausarbeitung aller

1) Vgl. oben S. 33.

2) Nach der Auffassung von Frankf.Komm. § 2 Rdz. 72, Rasch-Westrick, § 9 Rdz. 4 sind allerdings nur solche Abänderungen anmeldepflichtig, die selbst in Form eines zivilrechtlich wirksamen Vertrages oder Beschlusses im Sinne des § 1 zustandegekommen sind; der Sinn der Überwachung und damit der Anmeldung der Kartellvereinbarung liegt jedoch weniger in einer zivilrechtlichen als vielmehr in der Kontrolle wettbewerbswirtschaftlicher Folgen, die stets bei nicht nur formalen Abänderungen variieren können. So zu recht: Dörinkel, GemKomm. § 9 Rdz. 8; Hennig, NJW 1968 S. 573 ff (575 f).

3) So namentlich Nickusch, Noramtivfunktion S. 216 ff und NJW 1967 S. 811 ff (813); weitere Nachweise im folgenden.

technischen Regeln und deren Erlaß in Form von Rechtssätzen soll danach einer neu zu gründenden dritten Kammer übertragen werden. ¹⁾

Für die elektrotechnischen Vorschriften würde dies nicht nur dem Staat eine Möglichkeit der positiven Einflußnahme auf den Inhalt der Bestimmungen erlauben, sondern auch die Voraussetzungen für einfache und verfassungsrechtlich unbedenkliche Verweisung von anderen Rechtsnormen auf diese konkreten Verhaltensrichtlinien im elektrotechnischen Bereich schaffen; damit wäre zugleich die Grundlage für den in zahlreichen anderen Staaten bestehenden öffentlich-rechtlichen Prüfwang für Elektroprodukte ²⁾ gegeben.

Über die Art der Einbeziehung elektrotechnischer Vorschriften bestehen jedoch noch keine konkreten Vorstellungen. ³⁾

Eine solche Organisation müßte die Gewähr dafür bieten, daß einerseits nur die im Hinblick auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit elektrischer Güter besten Verhaltensrichtlinien verbindlich werden, dabei aber zugleich die gesamtwirtschaftlichen, also namentlich die wettbewerbsbeschränkenden Folgen Berücksichtigung finden. Beide Gesichtspunkte bedingen, daß sich Innovationen im Sinne eines echten technischen Fortschritts so schnell wie möglich in den elektrotechnischen Vorschriften niederschlagen. Eine derartige Organisation müßte sich daher solcher Personen bedienen, die auch für technische Neuentwicklungen den nötigen Sachverstand besitzen, also der elektrotechnischen Industrie.

1) Krüger, NJW 1966 S. 617 ff (621).

2) Nach Stecklum, Entwicklung S. 85 besteht in den Ländern mit dem größten Stromverbrauch - Schweden, Schweiz und Norwegen - öffentlicher Zwang zur Beachtung eines elektrischen Prüfzeichens.

3) Der Vorschlag von Krüger, NJW 1966 S. 617 ff (622 ff) öffentlich-rechtliche Normenverträge nach dem Vorbild der Tarifverträge zwischen Staat und Bürger (hier wohl den Normenorganisationen) abzuschließen, begegnet den von ihm selbst anerkannten Bedenken, daß es keine Normenverträge zu Lasten Dritter geben kann.

Die - wie auch immer geartete - Schaffung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft der elektrotechnischen Industrie könnte indes gegenüber der bisherigen Lage nur eine teilweise Verbesserung bringen, da sich die einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zustehenden öffentlich-rechtlichen Satzungsbefugnisse auf die Angehörigen der Körperschaft beschränken.

Eine Eingliederung der elektrotechnischen Vorschriftenarbeit in die traditionellen ¹⁾ Gesetzgebungsorgane scheidet aber wegen der Schwerfälligkeit dieses Verfahrens, das dem sich rasch verändernden Stand der Technik keine Rechnung tragen könnte, von vornherein aus. ²⁾

Eine verfassungsrechtlich einwandfreie Lösung liesse sich durch den Einbau der elektrotechnischen Vorschriftenarbeit in den Rechtsordnungsweg erzielen. Rechtsverordnungen etwa des Wirtschaftsministers würden die gewünschte allgemeine Verbindlichkeit elektrotechnischer Vorschriften ermöglichen. Die notwendige schnelle Anpassungsfähigkeit und Sachgerechtigkeit der elektrotechnischen Regelungen könnte dabei durch eine Zusammenarbeit des Ministeriums mit einer elektrotechnischen Körperschaft ³⁾ erreicht werden, die ihrer Struktur nach schon die Gewähr für technisch und gesamtwirtschaftliche erwünschte Vorschriften bietet. Dies würde eine Beteiligung aller betroffenen Wirtschafts-

-
- 1) Der Vorschlag von Nickusch, Normativfunktion S. 216 ff, eine dritte Kammer für technische Rechtsetzung einzurichten, würde einmal eine schwerlich zu erreichende Verfassungsänderung bedingen, läßt aber außerdem nicht erkennen, wie eine solche Lösung mit dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie zu vereinbaren wäre.
 - 2) So allerdings Jahrreiss, Mensch und Staat 1957 S. 16, zit. nach Nickusch, NJW 1967 S. 813, der die technische Rechtsetzung einem Ausschuß des Bundestages übertragen wollte. Ablehnend auch Nickusch aaO.
 - 3) Als Vorbild könnte hier die Regelung bei den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften dienen. Die Berufsgenossenschaften - Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen nach § 858 RVO alle Unternehmen angehören, deren Betrieb zu dem der betreffenden Genossenschaft entsprechenden Gewerbezweig gehört - erlassen nach § 708 RVO Unfallverhütungsvorschriften in der Form öffentlich-rechtlicher Satzungen. Die Aufsicht über Umfang und Zweckmäßigkeit der Maßnahmen erfolgt nach § 706 RVO u.a. durch das Bundesversicherungsamt. Diese öffentlich-rechtlichen Satzungen können gem. § 709 RVO durch den Minister für Arbeit und soziale Fürsorge für allgemeinverbindlich erklärt werden.

kreise bedingen. Eine zwangsweise Mitgliedschaft - etwa nach dem Vorbild der Berufsgenossenschaften - aller Unternehmen der Elektroindustrie könnte jedoch nur eine Garantie für die Berücksichtigung dieser Interessengruppe geben; die ebenfalls mögliche zwangsweise Teilnahme der übrigen fachkundigen Unternehmerkreise, der Installateure und des Elektrohandels, würde angesichts des schon jetzt ¹⁾ erkennbaren Desinteresses an den wettbewerbspolitischen Auswirkungen der technischen Produktbeschaffenheiten den Verbraucherbedürfnissen vor allem nach preisgünstigen Elektrogütern nur in beschränktem Maße Rechnung tragen; eine Verbraucherorganisation mit der entsprechenden Sachkunde auf dem Gebiet der Elektrotechnik besteht jedoch nicht. Die Wahrung der Verbraucherinteressen müßte daher durch das Ministerium erfolgen, was nicht nur eine unter Umständen erhebliche Verzögerung der Vorschriftenarbeit, sondern vor allem wegen des Fehlens eigener Forschungsmittel eine Beschränkung auf eine bloße Mißbrauchsüberwachung der von der Industrie ausgehenden Initiativen bedeuten würde, wie sie jetzt schon durch das Bundeskartellamt erfolgen kann. Eine Rechtsverbindlichkeit von elektrotechnischen Vorschriften, wobei sich die Mitwirkung des Staates nur auf die Abwehr verbraucherfeindlicher Bestimmungen beziehen würde, hätte aber durch die völlige Ausschaltung des Wettbewerbs möglicherweise eine Erstarrung des Standes der Technik zur Folge, ein Umstand, der durch eine Beteiligung aller Unternehmen der Elektroproduktion, der Installateure und des Handels eher gefördert als verhindert würde.

Diese Gefahr fällt bei technischen Vorschriften, die sich in erster Linie mit den Grundvoraussetzungen der Beschaffenheit von Gütern befassen stärker ins Gewicht als bei den Normen im herkömmlichen Sinn, die innerhalb der bereits etnwickelten Grund-

1) Der Elektrohandel zeigt kein Interesse an einer Beteiligung am VDE; von seiten der Elektrohandwerkerschaft wurde dem Verfasser durch einen Landesinnungsvorsitzenden versichert, daß sich das Interesse der Installateure an der VDE-Kommissionsarbeit nur auf sicherheitstechnische Fragen beschränke.

voraussetzungen eine Vereinheitlichung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erstreben, da eine derartige Normung - zumindest dem Grundgedanken nach - bereits einen gewissen Abschluß der technischen Entwicklung bedingt. Selbst mit den vor 1945 häufig rechtsverbindlich erklärten DIN-Normen sollen aber denkbar schlechte Erfahrungen gemacht worden sein.¹⁾ Auch die Beteiligung der an der Sicherheit interessierten Unternehmen im VDE schließt, wie oben gezeigt wurde, die Gefahr von Fehlentscheidungen in dieser Richtung nicht aus, wobei durch eine Rechtsverbindlichkeit die gesamtwirtschaftlich nachteiligen Folgen erheblich vergrößert würden.

Im Hinblick auf die sicherheits- und funktionstechnische Beschaffenheit elektrotechnischer Güter besteht auch keine Notwendigkeit für rechtsverbindliche Bestimmungen.

Dem gesetzgeberischen Bedürfnis nach Verweisung auf Verhaltensrichtlinien im Elektrobereich kann, wie dies zunehmend geschieht, durch die Einbeziehung der anerkannten Regeln der Technik in die Gesetzesnorm hinreichend Rechnung getragen werden.²⁾ Daß sich dieses System mit der Grundlage der VDE-Bestimmungen in bezug auf die Funktionssicherheit bewährt hat, zeigt der Umstand, daß sich zum Beispiel mehrere Entwicklungsländer³⁾ zur Übernahme dieser Art von nicht unmittelbar rechtsverbindlichen Verhaltensrichtlinien des VDE entschlossen haben.

Die menschliche Sicherheit im Umgang mit Elektrizitätsgütern erfordert auch keine rechtsverbindlichen Vorschriften. Zwar gibt es in Deutschland⁴⁾ noch keine Statistik über leichte Elektrizitätsunfälle; die Zahl der bei Elektrizitätsunfällen gestorbe-

1) v. Brunn, WuW 1953 S. 314 f (315).

2) Um den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen derart unbestimmte Rechtsbegriffe Rechnung zu tragen (zu den Bedenken: Nickusch, NJW 1967 S. 811 ff) müßte dabei allerdings auf eine Strafbarkeit verzichtet werden.

3) Auskunft von Fa. Kabelmetal am 1.2.1968.

4) Anders in den Niederlanden, vgl. näher Stegenga, Aufgabe der Normen S. 9 f.

nen Personen betrug 1957 jedoch nur 1 % der Gesamtzahl aller Unfalltoten in der Bundesrepublik, wobei diese Ziffer in den letzten Jahrzehnten konstant bei etwa 300 lag. Mit Abstand die häufigsten Unfälle waren dabei auf persönliche Leichtfertigkeit zurückzuführen, die sich auch durch rechtsverbindliche Vorschriften wohl nicht verringern ließe; fehlerhafte Material- oder Konstruktionsbeschaffenheit ist indes stets an letzter Stelle der Unfallursache genannt. ¹⁾

Die Rechtsverbindlichkeit von elektrotechnischen Bestimmungen, die die Grundbedingungen für ein sicheres und einwandfreies Funktionieren elektrischer Güter vorschreiben, würde daher wohl weder für das Gemeinwohl noch die Gesamtwirtschaft erhebliche Vorteile, möglicherweise aber entscheidende Nachteile mit sich bringen. Im übrigen müßte auch eine elektrotechnische Vorschriftenbehörde mangels eigener Forschungsmöglichkeiten die Initiative der Industrie überlassen und sich darauf beschränken, deren Vorschläge im Hinblick auf die Interessen des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft zu überprüfen, damit also nur die jetzt dem Bundeskartellamt zustehenden Befugnisse wahrnehmen. ²⁾

Dies spricht aber dafür ³⁾, die bisherige Regelung im Grundsatz beizubehalten; dabei ist das in wettbewerbspolitischen Fragen qualifizierte Bundeskartellamt mit einer elektrotechnischen Würdigung aller Bestimmungen sicherlich überfordert und insoweit auf eine Mitwirkung aller Fachleute im elektrotechnischen Bereich angewiesen.

1) Zahlen nach Freiburger, Betrieb S. 435 f.

2) Dabei soll nochmals darauf hingewiesen werden, daß infolge der umfassenden Breite der VDE-Bestimmungen die Mißbrauchsbefugnisse des BKA sich zumeist auch auf unterlassene Bestimmungen wegen eines Mißbrauchs der bestehenden Vorschriften erstrecken.

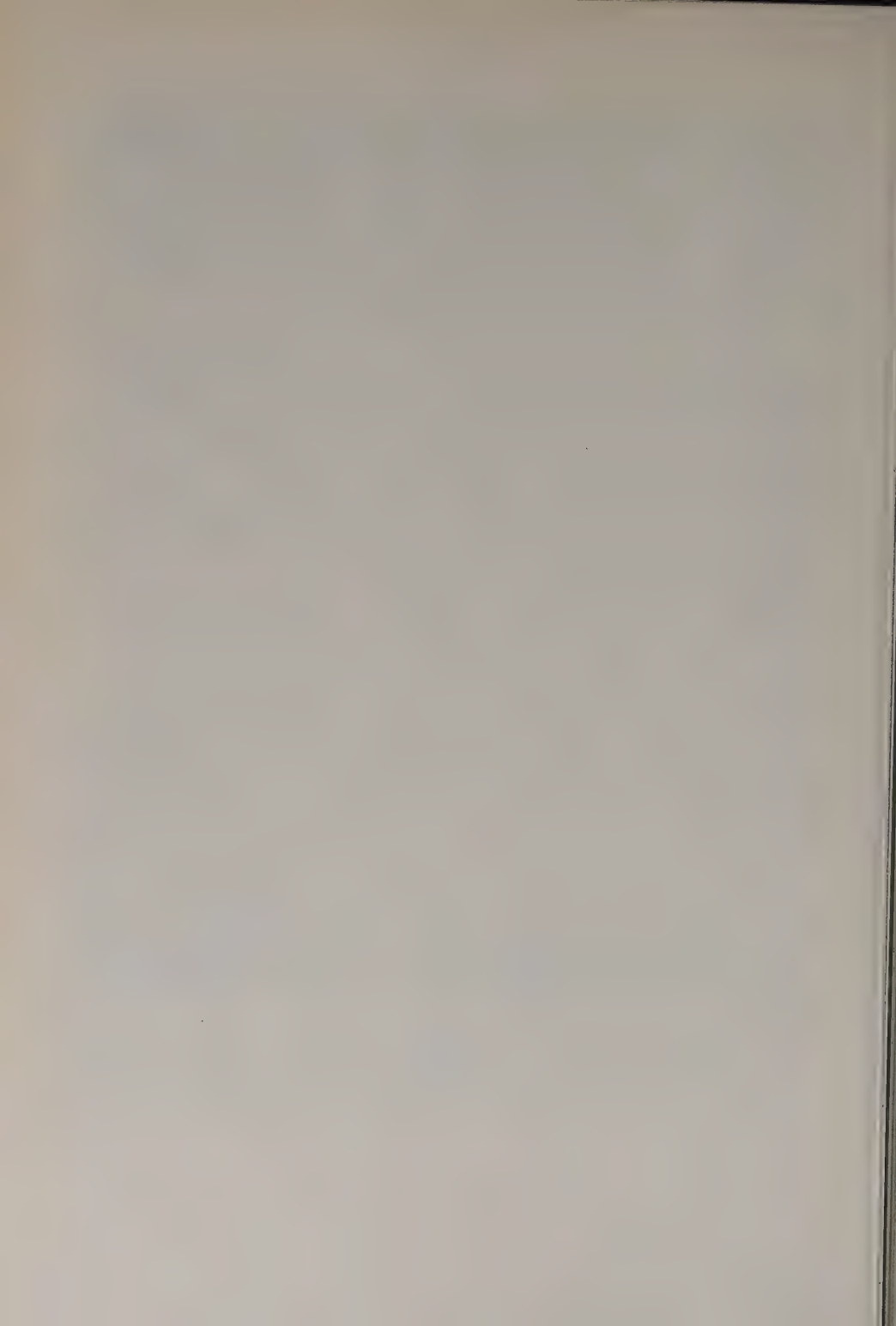
3) Entsprechend der Themenstellung dieser Arbeit kann damit allerdings keine Aussage im Hinblick auf die sich daraus ergebende soziologische Problematik gemacht werden. Die vorgeschlagene Lösung bezieht sich daher nur auf die untersuchten kartellrechtlichen Aspekte.

Die gesetzliche Regelung mit dem Erfordernis der Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes allein vermag dies nicht zu gewährleisten, da ein solcher Verband eine angemessene Beteiligung der betroffenen Wirtschaftsstufen nicht tatsächlich, sondern nur nach seiner Satzung vornehmen muß. Eine entsprechende Änderung des § 5 Abs. I S. 3 wäre aber angesichts des Fehlens einer fachkundigen Verbraucherorganisation und des Desinteresses des Elektrohandels wenig erfolversprechend.

Der erforderlichen Mitwirkung der am VDE beteiligten Unternehmen kann sich das Bundeskartellamt in der Weise versichern, indem es sie unter Hinweis auf die ansonsten nötigen Ermittlungen nach § 46 veranlaßt, freiwillig - etwa in Form einer erweiterten Zusammenfassung der VDE-internen diesbezüglichen Beratungen - die sich aus der jeweiligen Regelung ergebenden technischen Vor- und Nachteile und die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten zu veröffentlichen.

Die Beteiligung der im VDE nicht vertretenen Fachleute kann dadurch erreicht werden, daß zunächst die vielfach vorhandene Vorstellung von zumindest Quasi-Gesetzgebungsbefugnissen des VDE abgebaut und darauf hingewiesen wird, daß auch VDE-Bestimmungen der Aufsicht des Bundeskartellamts unterliegen. Dazu kann bereits der anzubringende ausdrückliche Unverbindlichkeitsvermerk beitragen; falls dies nicht ausreichen sollte, wäre eine gesetzliche Verpflichtung im Rahmen des § 38 Abs. III zu einem ausdrücklichen Hinweis auf die Kartellaufsicht zu erwägen.

Mit der hier vorgeschlagenen Regelung wäre einmal ein Höchstmaß der gesamtwirtschaftlich erforderlichen Flexibilität elektrotechnischer Vorschriften möglich; mögliche Mißbräuche könnten durch verstärkte Öffentlichkeitsarbeit und eine intensive Aufsicht einer besonderen Abteilung des Bundeskartellamts in hinreichendem Ausmaß vermieden werden.



Lebenslauf

Am 27.10.1942 wurde ich als erstes Kind des Rechtsanwaltes Dr. Egder Heidl und seiner Ehefrau Hildegard, gebr. Prause als Deutscher in Olmütz/CSR geboren. Nach dem Besuch der Oberrealschule in Kempten/Allgäu absolvierte ich am 18.7.1962 die Reifeprüfung.

Im Wintersemester 1962/63 begann ich das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in Freiburg/Breisgau, das ich im Sommersemester 1964 an der Universität München fortsetzte. Im Wintersemester 1964/65 immatrikulierte ich mich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und legte am 6.12.1966 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm/Westf. die 1. juristische Staatsprüfung ab.

Am 1.1.1967 trat ich in den Referendardienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. In der Zeit von 1967 bis 1968 fertigte ich - unter Förderung meines Doktorvaters Prof. Dr. Dr. Lukes als wissenschaftliche Hilfskraft und später als Stipendiat der Stiftung Volkswagenwerk - die vorliegende Dissertation an.

Introduction

The purpose of this study is to investigate the effects of the proposed system on the performance of the system. The study is divided into two main parts: a theoretical analysis and an experimental evaluation. The theoretical analysis is based on the principles of the system and the experimental evaluation is based on the results of the experiments.

The theoretical analysis is based on the principles of the system and the experimental evaluation is based on the results of the experiments. The study is divided into two main parts: a theoretical analysis and an experimental evaluation. The theoretical analysis is based on the principles of the system and the experimental evaluation is based on the results of the experiments.

The study is divided into two main parts: a theoretical analysis and an experimental evaluation. The theoretical analysis is based on the principles of the system and the experimental evaluation is based on the results of the experiments. The study is divided into two main parts: a theoretical analysis and an experimental evaluation.

